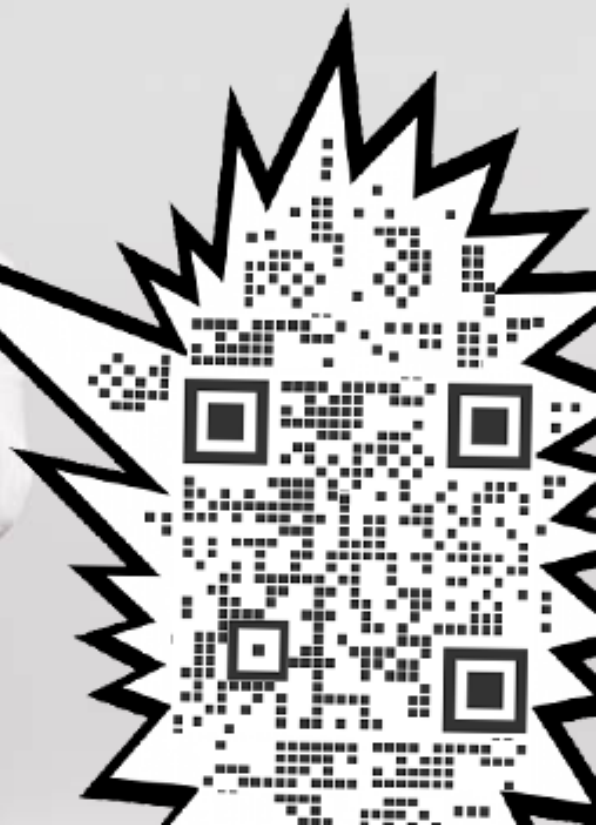


DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 11

**Preuve, droit de la preuve
et démocratie**

SHOUT
SHARE IT



DIRECTEURS

Olivier Beaud
Denis Baranger
Mélanie Plouviez

DIRECTRICE-ADJOINTE

Élodie Djordjevic

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Jacques Bienvenu †
Jean-Pierre Coriat
Quentin Epron
Jean-François Kervégan
Philippe de Lara
Charles Leben
Pierre-Yves Quiviger
Philippe Raynaud
Marie-France Renoux-Zagamé
François Saint-Bonnet
Philippe Théry
Mikhail Xifaras

COMITÉ DE RÉDACTION

Gregory Bligh
Mathieu Carpentier
Jérôme Couillerot
Thibault Desmoulins
Élodie Djordjevic
Mélanie Plouviez
Tristan Pouthier
Themistoklis Raptopoulos
Pierre-Marie Raynal
Céline Roynier
Raphaëlle Théry
Sabina Tortorella
Mathilde Unger

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Martin Hullebroeck

Adresse de la rédaction : Institut Villey, Université Paris II
12, place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 05
e-mail : contact@droitphilosophie.com
www.droitphilosophie.com

Preuve, droit de la preuve et démocratie

Numéro coordonné par Céline Roynier et Mathilde Unger

Droit & Philosophie

Numéro 11 (novembre 2019)

Céline Roynier et Mathilde Unger : <i>Introduction</i>	5
I. QUELLE AUTORITÉ POUR LA PREUVE ?	12
Nefeli Lefkopoulou : <i>La légitimation du procès constitutionnel par la preuve. Étude de contentieux constitutionnel comparé</i>	13
Alessia Farano : <i>L'évaluation de la preuve scientifique</i>	33
Stefan Goltzberg : <i>La preuve de l'élément intentionnel par la mise en garde. Éléments de philosophie de droit pénal talmudique</i>	47
II. LE DROIT DE LA PREUVE, REFLET DU MONDE SOCIAL ?	61
Julia Rudolph : <i>Crediting Women</i>	63
Jean-Pierre Cléro : <i>Quelques éléments de la théorie de la preuve dans le Rationale of Judicial Evidence</i>	79
Olivier Leclerc : <i>Les inférences dans les raisonnements probatoires</i>	109
Rémy Libchaber : <i>Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel</i>	129
III. LES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE DE L'ÉVIDENCE	151
Marie Goupy : <i>Preuve et évidence en droit. Réflexions à partir de la Loi Martiale et de son utilisation dans le contexte révolutionnaire français</i>	153
Xenia Chiaramonte : <i>The Right to Freedom of Assembly under the Test of Criminal Evidence An Italian Case of Political Justice</i>	169
Thomas Boccon-Gibod : <i>La preuve à l'épreuve. Origines et modalités de l'enquête pénale selon Michel Foucault</i>	189

Introduction*

Les spécialistes de l'histoire de l'art expliquent à propos des « faux » et des « contrefaçons » qu'il ne s'agit pas, en réalité, de dire que tel ou tel tableau est « faux », mais que c'est le récit autour de ce tableau qui est faux ou erroné. Cette remarque vaut tout autant pour la preuve : il s'agit bien d'un récit ou d'un raisonnement spécifique qui vise à établir une certitude. Mais, dans le domaine du droit, cette preuve n'a pas toujours besoin de dévoiler une vérité objective ou de se rapporter à une quelconque réalité. En revanche, quel que soit le système de preuve, celle-ci doit être établie conformément à des conditions préalablement déterminées et c'est uniquement du respect de ces conditions que la preuve tire sa force. Comme l'a montré Jean-Philippe Lévy, trois grands systèmes de preuves peuvent être identifiés dans l'histoire : la preuve surnaturelle, la preuve réglementée et la preuve libre¹. À partir du moment où il n'est presque plus fait appel à la preuve surnaturelle pour fonder les jugements, une réflexion sur la preuve comme mode de découverte de la vérité peut émerger. Cela a été le cas, en droit médiéval et dans l'Ancien droit, avec le système de la preuve « réglementée » ou système de « preuves légales », puisque le recours à la preuve s'imposait uniquement lorsque les faits n'étaient pas notoires². Autrement dit, le droit de la preuve était dans ces cadres articulé à une théorie de l'évidence et c'était seulement à défaut de l'évidence de l'existence des faits, parfois établie par l'aveu, que la loi prenait le relais et établissait une hiérarchisation des différents modes de preuve (écrits, témoignages, présomptions, etc.) en termes de force probante. Comme l'écrivent les auteurs du *Droit de la preuve*, « le domaine de la preuve était délimité en creux par celui de la notoriété », il était inutile de prouver ce qui était notoire.

Avec le passage de ce système de la preuve réglementée à celui de la liberté de la preuve, la vérité n'est plus exclusive de la preuve. Bien au contraire, la preuve devient un mode d'établissement de la vérité. Ce passage à la liberté de la preuve, également appelée « système de la preuve morale » et qui s'opère en droit français – clairement en droit pénal, moins nettement en droit civil – au moment de la Révolution, suppose en effet que l'établissement de la vérité s'affranchisse des étapes et des critères imposés par le système antérieur. Le juge, devenu l'acteur central

* Nous souhaitons adresser nos plus vifs remerciements à Élodie Djordjevic et à Martin Hullebroeck pour leur aide extrêmement précieuse dans la confection intellectuelle et matérielle de ce numéro. Nous remercions également très vivement Anne Simonin et Gregory Bligh pour leur aide et leurs conseils avisés.

¹ J.-Ph. LÉVY, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996, p. 3-11.

² E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, p. 51. Pour un historique synthétique du droit de la preuve, *ibid.*, p. 43-71.

dans l'appréciation de la preuve, doit se fier à sa seule conscience³. Ainsi, le récit permettant d'établir une certitude peut être construit de plusieurs manières et emprunter différentes voies – selon la subjectivité, l'intériorité, voire l'intimité (« intime conviction ») de chacun – posées comme étant d'égale valeur. Autrement dit, parce que tous les modes de preuves acquièrent une force probatoire égale, contrairement à ce qu'établissait le système de la preuve réglementée, c'est le procès lui-même qui devient le mode d'établissement de la certitude. Ce changement de paradigme, particulièrement net en droit pénal, est généralement compris comme une démocratisation du droit de la preuve. L'opération permettant d'établir la vérité n'est plus réservée à l'élite savante ou fixée par des rituels religieux. La force épistémique de l'« évidence » vantée par les Lumières trouve un écho dans la valeur égale accordée par les tribunaux aux jugements individuels⁴. Le jury populaire institué en 1791 en offre une bonne illustration, puisque la vérité recherchée porte sur des faits objectifs et que la décision est dictée par l'intime conviction des jurés. Cette évolution démocratise le droit de la preuve en deux sens : d'une part, elle reconnaît aux citoyens une égale compétence dans l'appréciation et la qualification des faits et, d'autre part, la référence à des faits objectifs les protège contre les sentences arbitraires. Sitôt que la procédure répond aux exigences de la raison, rien ne justifie plus de la soustraire au contrôle du sens commun. C'est paradoxalement au moment où la preuve se libère d'un certain nombre de contraintes que se renforce l'exigence d'une correspondance entre les motifs de la décision et la détermination de faits antérieurs et extérieurs au procès.

Ainsi établi, le droit de la preuve est soumis au regard de la communauté et requiert son approbation ; il se structure alors très largement comme un « reflet du monde social ». En effet, ce qu'il y a de commun dans les jugements ne s'explique pas seulement par la faculté dont sont également dotés les hommes (ces sentiments qui logent naturellement dans le cœur de tous), mais par leur imputation possible à l'individu moyen, qui représente l'opinion de la société tout entière. Par conséquent, ce que le droit de la preuve transpose à travers différentes techniques, c'est bien le sens commun, le standard, le jugement ordinaire ou encore celui de l'homme « normal ». En d'autres termes, la preuve s'ancre directement dans la société et tire très précisément sa force de ce lien. Ce dernier peut être transcrit dans le droit par la loi (rationalisation), comme dans le cas des présomptions prévues par le Code civil ou dans les avertissements adressés aux membres d'un jury populaire. Et c'est bien parce que le droit de la preuve possède une force légitimante autonome fondée sur son rapport privilégié à la société – il fixe en effet des règles permettant de recueillir « le sens commun » – qu'il permet aux jugements et, *in fine*, à la justice d'être acceptés par tous.

C'est ainsi que, comme le montre Nefeli Lefkopoulou dans sa contribution⁵, à travers différents exemples issus du droit comparé, la justice constitutionnelle, dont

³ J.-Ph. LÉVY, « Preuve », in D. ALLAND et St. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003.

⁴ On pourrait rapprocher ces évidences qui trouvent leur siège dans le sens commun des « sentiments que la nature a gravés dans le cœur de chaque individu » et que devrait se contenter de « rappeler » la Déclaration de 1789 (« Présentation de la constitution de M. Lafayette », 11 juillet 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 221).

⁵ Voir *infra*, N. LEFKOPOULOU, « La légitimation du procès constitutionnel par la preuve. Étude de contentieux constitutionnel comparé ».

la problématique légitimité démocratique est régulièrement posée, peut recevoir l'« approbation de la communauté ». Selon l'auteur, cette force légitimante tient autant au droit substantiel de la preuve (son lien avec la vérité) qu'au droit formel de la preuve (une procédure probatoire « équitable »). Ces deux aspects font d'ailleurs écho à la distinction classique entre les deux composantes de la légitimité démocratique, qui s'attache pour l'une à la qualité intrinsèque d'une décision et pour l'autre au respect du procédé inclusif et égalitaire permettant d'y parvenir⁶. Plus encore, le système de la preuve libre pourrait traduire, dans ce contexte judiciaire très particulier, l'idée d'une coïncidence de ces composantes, c'est-à-dire d'un procédé (la prise en compte du jugement de tous, sur un mode réel ou hypothétique) et d'un accès privilégié à la vérité.

Toutefois, ce lien direct entre la preuve dans le régime de la preuve libre et la légitimité démocratique doit largement être questionné. C'est toute l'ambition de ce numéro de *Droit & Philosophie* que de mettre à l'épreuve ce lien afin d'en mesurer la force et d'en vérifier l'exactitude. Comme en témoignent les différentes contributions au numéro, la légitimité que confèrent à la preuve l'« évidence » – comme mode de connaissance – et l'ancrage social – que permet la référence, à l'intérieur de la procédure judiciaire, à ce que penserait l'homme moyen – s'avère plus fragile qu'il n'y paraît. Il s'agit dans ce volume d'explorer ces réserves, suivant trois axes principaux.

1) Premièrement, le lien entre le système de la preuve libre et la légitimité démocratique cède assez rapidement face à d'autres sources d'autorité considérées comme légitimes en démocratie. C'est par exemple le cas lorsque le juge sollicite l'avis d'un expert, comme le souligne la contribution d'Alessia Farano⁷. De quelle manière, en effet, le juge doit-il incorporer les « faits scientifiques » dans l'établissement de la preuve judiciaire ? Certains systèmes font du juge un simple « récepteur » de ces faits, au nom d'une « distance épistémologique infranchissable⁸ ». D'autres, au contraire, le laissent apprécier ces données en toute autonomie, voire l'autorisent à ne pas en tenir compte. Un dernier modèle fait du juge le gardien de l'expertise, chargé, sans se prononcer sur le fond, d'établir des critères pour identifier la fiabilité d'une thèse scientifique et les conditions sous lesquelles elle peut jouer un rôle dans l'affirmation d'un fait probatoire. Dans le premier cas, l'auteur suggère que le système de preuve légale s'apparente à celui de l'ordalie, puisque la découverte de la vérité se joue sur une autre scène, à l'extérieur du procès. Dans les deux autres cas, la liberté d'appréciation du juge ne permet-elle pas de négliger les faits objectifs, sapant du même coup leur force légitimante ? Le tableau d'un conflit entre légitimité scientifique et légitimité démocratique est toutefois à nuancer, à suivre l'auteur, puisque la notion de « fait notoire » est utilisée pour créditer une théorie scientifique (les effets cancérigènes de l'amiante, par exemple) au motif qu'elle est largement acceptée par le « sens commun »⁹.

⁶ J. ROUSSIN, *Fonder la légitimité démocratique : conceptions majoritaires, constitutionnelles et épistémiques de la démocratie*, Thèse de doctorat sous la direction de J.-F. Spitz, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 28 septembre 2016.

⁷ V. A. FARANO, « L'évaluation de la preuve scientifique ».

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

Dans un tout autre contexte, l'examen des procédures du droit pénal talmudique, mené par Stefan Goltzberg¹⁰, fait aussi apparaître la preuve comme point de jonction entre la peine et la légitimité par le consentement. Pour condamner l'accusé, il faut prouver qu'une mise en garde lui a été adressée juste avant l'infraction afin d'établir le caractère intentionnel de son acte. Sans cela, on ne peut écarter l'hypothèse qu'il ignorait la loi. On décèle toutefois, à l'intérieur du système de droit, une tension entre cette stricte procédure et les exemptions prévues par les textes. Là encore, c'est au contact d'autres figures d'autorité comme l'érudit ou le sage contestataire qu'est levée l'obligation de suivre la procédure fixée par le droit de la preuve. À l'issue de cette étude, le statut positif ou naturel des règles peut être interrogé à la lumière de leurs exemptions.

2) Deuxièmement, le lien privilégié entre le système de la preuve libre et la démocratie repose sur l'idée discutable selon laquelle une procédure débarrassée de toute contrainte conduirait spontanément et naturellement à la vérité. On comprend la portée démocratique d'une méthode parfaitement transparente, dans laquelle les faits s'imposent par la seule force de l'évidence, sans raisonnements sophistiqués, sans critères de recevabilité trop lourds. À la portée de tous, le raisonnement doit apparaître comme le résultat d'une prise en compte réelle ou hypothétique des jugements ordinaires. C'est encore ce lien qui explique la jonction entre les deux batailles que mène Jeremy Bentham : la défense d'un système de preuve « naturel » et l'élimination des règles excluant certaines catégories de témoins (les femmes, les enfants). Autrement dit, assouplir la technique probatoire aurait tout à la fois une valeur démocratique – inclusive et égalitaire – et des vertus épistémiques, fondées sur l'examen par tous les moyens disponibles des diverses manifestations de la vérité.

Il reste que la plus libre des procédures est réglée par le droit, pour la seule raison que le fait à établir est un fait judiciaire. Frederik Schauer a bien illustré cette idée s'agissant de la procédure accusatoire en *common law*. Bien qu'elle apparaisse comme le moyen le plus naturel de découvrir les faits, par la confrontation directe entre les éléments fournis par les parties, elle n'a rien d'évident, ni d'universel. Elle résulte plutôt d'une conviction sur la bonne marche à suivre pour déterminer les faits, exactement comme l'image du libre marché des idées brandie pour justifier la liberté d'expression trahit une croyance sur la bonne manière de s'approcher de la vérité. Dans les deux cas, un examen croisé paraît fécond¹¹. Mais ces méthodes ont beau être convaincantes, elles reposent sur des hypothèses que le droit a transposées dans les règles qui encadrent le procès. Autrement dit, les intuitions qui semblent les mieux partagées et donc les plus démocratiques doivent être mises en musique par une partition qui n'est autre que le droit de la preuve. Il en va ainsi des règles qui excluent les ouï-dire ou la référence aux comportements passés. Cela peut même s'avérer d'autant plus nécessaire que le jury n'est pas constitué de professionnels, mais d'hommes ordinaires, facilement impressionnables¹². Par conséquent, la production de l'évidence est elle aussi un artifice, ce qui n'enlève d'ailleurs

¹⁰ V. St. GOLTZBERG, « La preuve de l'élément intentionnel par la mise en garde. Éléments de philosophie de droit pénal talmudique ».

¹¹ Fr. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. St. Goltzberg, Paris, Dalloz, 2018, p. 207.

¹² *Ibid.*, p. 208.

rien à son caractère démocratique, bien au contraire. Voilà ce qu'enseigne Julia Rudolph dans « Crediting Women », en interrogeant le décalage entre le pouvoir des femmes dans les transactions commerciales de l'Angleterre du XVIII^e siècle et le peu de crédit que l'on accorde à leur témoignage au tribunal. Qu'il s'agisse de fiabilité ou de compétence, les motifs de ce discrédit révèlent que ce qui est en jeu n'est pas la naturalité de la preuve mais sa rationalité, c'est-à-dire la façon dont le droit construit les conditions d'accès à la vérité, ou du moins traduit la représentation que s'en fait un monde social hiérarchisé.

Pour être légitime et pouvoir neutraliser les contestations que pourrait susciter sa décision, le juge doit donc s'éloigner de cette prétention à connaître la vérité¹³. Il doit présenter des gages et ces gages ne peuvent être autre chose que des gages de rationalité juridique, qui n'ont rien de naturel. À cet égard, le *Rationale of Judicial Evidence* de Bentham tel qu'il est ici analysé par Jean-Pierre Cléro¹⁴ est très éloquent : la preuve relève du langage et du domaine de la fiction. Ce sont les calculs de probabilités qui expriment le mieux la force de la preuve. Celle-ci ne tient pas à la vérité, conçue comme une correspondance pure entre les mots et les choses, mais à la chance d'emporter l'adhésion du plus grand nombre, du jugement normal ou standard¹⁵. Dans le même ordre d'idées, la contribution d'Olivier Leclerc¹⁶ montre à quel point il importe de comprendre que le droit de la preuve est affaire de langage : la preuve ne peut se comprendre que dans le cadre de raisonnements « à partir de propositions de fait qui sont les signifiés des éléments de preuve réunis¹⁷ », mais la spécificité de cette inférence dans les raisonnements probatoires est précisément qu'elle a un ancrage social, au sens d'une « expérience commune » vécue. Et quoi de plus révélateur de cette expérience commune que les présomptions, au cœur de la contribution de Rémy Libchaber¹⁸ ? Dans ce texte, l'auteur expose les différentes fonctions que peuvent avoir les présomptions : « fonction de représentation de l'homme dans le cadre civil¹⁹ », fonction politique²⁰, fonction d'anticipation d'une vérité établie sur des bases statistiques²¹ et « purement opératoire » lorsqu'elles interviennent pour « faire fonctionner le droit substantiel sans l'intervention d'un juge²² ». Qu'elles soient simples ou irréfragables, les présomptions sont déterminées par la loi et c'est par leur biais que la société se fait entendre. Appréhendées de cette façon, « elles sont le reflet d'une conception idéologique de l'individu », miroir du monde social introduit dans l'enceinte des juridictions pour donner une légitimité aux décisions qui y sont prises. Une question reste en suspens : de quels ressorts démocratiques peut se prévaloir un tel artifice ? Est-il légitime parce qu'il est représentatif du jugement moyen que formeraient les membres

¹³ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996.

¹⁴ J.-P. CLÉRO, « Quelques éléments de la théorie de la preuve dans le *Rationale of Judicial Evidence* ».

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ O. LECLERC, « Les inférences dans les raisonnements probatoires ».

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ R. LIBCHABER, « Les présomptions, entre fonction probatoire et droit substantiel ».

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

de la communauté politique ? Parce qu'il est réglé par une procédure qui pourrait recevoir l'assentiment de tous ? Ou, en dernière instance, parce qu'il offre les garanties que l'on attend d'un procès équitable en démocratie, c'est-à-dire en raison des résultats qu'il a toutes les chances de produire ?

3) Cette dernière hypothèse est loin d'être certaine. En effet, et c'est notre troisième point, le système de la liberté de la preuve peut parfaitement se retourner contre la démocratie et en particulier contre ces valeurs qui accompagnent le projet démocratique et que sont les droits de l'homme et les libertés publiques. Plusieurs contributions à ce numéro illustrent un aspect précis de cette problématique de la portée politique du droit de la preuve *en* démocratie et des effets de celui-ci sur la protection des droits dits démocratiques.

Une première illustration de cet enjeu est apportée par la contribution de Marie Goupy²³. L'auteur démontre en effet qu'en neutralisant le système de la preuve « morale » en matière d'attroupement (établissement des faits par un jury populaire), la législation révolutionnaire (loi martiale) repose en réalité non sur une logique schmittienne d'exception entendue comme faille du libéralisme, mais, au contraire, sur « l'évidence de la propriété et du commerce ». C'est donc à la faveur d'une neutralisation du droit de la preuve « morale » permise par une « stratégie de qualification » fondée sur l'évidence de certaines valeurs que le droit transpose en même temps qu'il le fonde ce que l'auteur appelle un « nouvel ordre social ». Dans ce nouvel ordre social, les libertés de manifestation et de réunion sont garanties à la condition de poursuivre une fin conforme à une certaine interprétation du droit naturel, ici la protection de la propriété et le commerce. Ce faisant, on voit bien que la volonté de la nation incarnée par la loi et fondée sur l'évidence du droit naturel (moderne), met à mal le droit de la preuve et encadre de ce fait très fortement la liberté de manifestation et de réunion qui deviennent tout sauf des instruments d'expression d'une opposition politique. En d'autres termes, il est des « cas limites » dans lesquels la « preuve libre » conditionne l'existence et l'exercice d'une liberté publique et où la logique de notoriété de l'Ancien droit dont il était question plus haut n'est jamais très loin. La théorie de l'évidence est donc réversible : elle peut aussi bien servir que desservir la démocratie.

Une deuxième illustration de cette question est apportée par la contribution de Xenia Chiaramonte²⁴, qui montre à quel point, dans certains procès contemporains, le droit de la preuve et en particulier le respect des principes qui sont au fondement du système de la preuve « libre » sont encore cruciaux pour l'exercice et la garantie de la liberté de manifestation et de réunion. L'exemple étudié par cette contribution est celui de la condamnation des manifestants opposés à la construction de la ligne à grande vitesse entre Lyon et Turin (« No-TAV Movement »). L'article met en lumière la fonction fondamentale du droit de la preuve dans l'établissement des faits en ce qu'il conditionne lui-même, là encore, la qualification de l'attroupement. Dans ce cas précis, selon l'auteur, le droit de la preuve constitue la ligne de crête qui fait le départ entre, d'un côté, le droit pénal et, de l'autre, le droit des libertés

²³ M. GOUPY, « Preuve et évidence en droit : réflexion à partir de la loi Martiale et de son utilisation dans le contexte révolutionnaire français ».

²⁴ X. CHIARAMONTE, « The Right to Freedom of Assembly under the Test of Criminal Evidence. An Italian Case of Political Justice ».

publiques, et l'on voit bien à quel point le respect du droit de la preuve est une composante déterminante du projet démocratique.

À l'inverse, il est intéressant d'interroger, avec la contribution de Thomas Boccon-Gibod qui entreprend de mettre en lumière la cohérence et l'ampleur de l'« histoire foucaldienne du discours judiciaire²⁵ », la pertinence de l'opposition des systèmes accusatoire et inquisitoire lorsqu'on en vient à l'aveu. Il est en effet aujourd'hui commun de penser, en raison des évolutions du droit processuel français sous l'impulsion de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (notamment sur la garde à vue), que le système accusatoire serait une sorte d'antidote contre l'aveu (surtout quand il est obtenu sous la violence) et serait plus respectueux des droits de la défense. Or, dans sa démonstration, Thomas Boccon-Gibod insiste sur le caractère structurel de l'aveu pour tout système pénal - qu'il soit accusatoire ou inquisitoire -, de même que sur son lien privilégié avec la souveraineté populaire²⁶.

Plus qu'un discours judiciaire articulant savoir et pouvoir, le droit de la preuve établit donc un lien entre vérité objective et vérité(s) subjective(s) et, à ce titre, revêt, comme l'écrit Rémy Libchaber à propos de la présomption, une fonction « expressive²⁷ ». Associant, ainsi, par définition, la subjectivité individuelle à la production normative, le droit de la preuve est-il alors *intrinsèquement* démocratique ? Parvenir à formuler cette question n'aurait pas été possible sans la richesse de la réflexion issue de la confrontation des regards des philosophes, des juristes et des historiens, rendue ici possible par la revue *Droit & Philosophie*.

Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise, CPJP)

Mathilde Unger (Université de Strasbourg, CEIE)

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

I. Quelle autorité pour la preuve ?

La légitimation du procès constitutionnel par la preuve

Étude de contentieux constitutionnel comparé*

INTRODUCTION

Le caractère fragile de la légitimité de la justice constitutionnelle, tel que théorisé par une littérature abondante¹, s'explique souvent par son manque d'autonomie institutionnelle relativement aux pouvoirs exécutif et législatif. Outre les modalités de nomination qui constituent un premier indicateur du degré de politisation des organes chargés de la mission juridictionnelle, les modalités de fonctionnement processuel sont également mises en avant afin de démontrer un mode de prise de décision politisé. Ce sont ces dernières qui peuvent englober l'étude de la preuve et sa contribution à la légitimation du procès constitutionnel.

Guillaume Tusseau propose quelques critères qui ont trait aux modalités de fonctionnement processuel afin de dissocier, sur le plan conceptuel, le caractère politique du caractère juridictionnel du contrôle de constitutionnalité :

Le premier [critère] tient au mode de prise de décision de l'organe en question et à sa relative proximité vis-à-vis des pratiques considérées *hic et nunc* comme représentatives de la fonction juridictionnelle. Peut ainsi être considéré comme « politique » un contrôle qui s'éloigne des exigences telles que l'impartialité des juges, la présence de parties (au sens d'individus faisant valoir un intérêt à agir) au procès, le jugement en formation collégiale, le respect du principe du contradictoire, la publicité des débats, le fait de décider après l'entrée en vigueur de la norme contestée, etc. [...] Le second [critère] tient au type d'argumentation développé par l'organe en charge du contrôle de constitutionnalité et à sa relative proximité vis-à-vis des pratiques considérées *hic et nunc* comme représentatives de la fonction juridictionnelle. Peut alors être dit « politique » un contrôle dont

* Je remercie Guillaume Tusseau pour ses précieux commentaires sur la première version de ce texte. Sauf indication contraire, les traductions de textes rédigés en langue étrangère sont originales. Lorsque tel n'est pas le cas concernant des textes officiels, l'origine de la traduction utilisée est signalée lors de leur première occurrence.

¹ G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51 n° 2, 1999, p. 243-280 ; H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel : une légitimité contestée*, in J. RAIBAUT et J. KRYNEN (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2004, p. 119-126 ; W. SADURSKI, « Constitutional Courts in Search of Legitimacy », in W. SADURSKI (dir.), *Rights Before Courts*, Dordrecht, Springer, 2014, p. 45-90 ; L.B. TREMBLAY, « The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, p. 617-648 ; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013.

le résultat est étayé par un raisonnement formulé en termes d'opportunité, par opposition à un raisonnement appuyé sur une motivation d'apparence déductive et faisant découler la conclusion de prémisses réputées appartenir au droit positif².

Il en résulte que, dans une démarche de dépolitisation ou de juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité, les acteurs constitutionnels cherchent, d'un côté, à améliorer le mode de prise des décisions et, d'un autre côté, à privilégier un certain type d'argumentation. Si les outils pour y parvenir sont nombreux, l'objet de la présente contribution se limite à l'examen de la preuve comme outil de légitimation.

Plus précisément, le processus de légitimation par la preuve peut se concevoir comme un processus initié par les acteurs juridiques afin de gagner en crédibilité auprès d'auditoires divers : les justiciables, les parlements nationaux, les parlements fédérés, les juges ordinaires, ou encore, les juges supranationaux. Comprise de la sorte, la légitimation par la preuve ne correspond pas à un processus naturel mais consiste plutôt en un discours qui traite de la preuve *d'une certaine manière* ou plutôt *de différentes manières* afin d'accroître la légitimité des décisions du juge constitutionnel. Si elle s'inscrit dans le champ spécifique du contentieux constitutionnel comparé, la contribution fait appel au contexte de la théorie générale de la preuve et notamment aux fonctions de la preuve conceptualisées par cette dernière.

Avant de se situer dans le champ en question, il demeure ainsi important de cerner les contours du terme polysémique de « preuve » ainsi que d'identifier les différentes théorisations de ses fonctions multiples dans tout procès :

Le mot « preuve », lorsqu'il est employé à propos d'un procès, recouvre au moins trois objets. Le mot renvoie parfois à une opération, celle consistant à faire la preuve. Dans d'autres circonstances, la preuve est un moyen : celui qu'une partie au procès met en œuvre lorsqu'elle apporte une preuve. Enfin la preuve désigne un résultat, celui qui est atteint lorsque le juge a décidé qu'un fait est prouvé, que la preuve est faite. [...] Cette richesse des sens de la preuve en justice rend cependant sa définition plus difficile. [...]. Schématiquement, on peut dire que [les définitions proposées] oscillent entre deux pôles. Pour certains auteurs, la preuve en justice désigne les opérations menées à l'occasion d'un procès pour déterminer la vérité des faits disputés par les parties [...]. D'autres auteurs définissent la preuve en justice comme les opérations qui permettent d'emporter la conviction du juge [...] sur les faits disputés par les parties³.

Parmi les trois objets précités et aux fins de la présente analyse, il convient de retenir les deux premiers, à savoir la preuve définie comme moyen qui correspond à un mode de preuve et la preuve définie comme opération qui correspond à une procédure probatoire. Outre la polysémie que présente le terme de la preuve, sa fonction se révèle également duale. Selon la théorie benthamienne qui érige la rectitude de la décision en finalité ultime du procès, parvenir à la vérité ne conduit jamais à une mauvaise décision. Dans cette lignée, le courant rationaliste de la

² G. TUSSEAU, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain », in *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 717-718.

³ E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, p. 5-6.

preuve soutient que l'objectif institutionnel de la preuve est la démonstration de la vérité⁴. Selon Jordi Ferrer Beltrán,

la preuve a comme fonction principale de vérifier la production des faits déterminants pour la résolution du litige et auxquels le droit attribue des conséquences juridiques. Cette fonction de la preuve consiste à déterminer la vérité des propositions qui décrivent l'occurrence de ces faits déterminants. Et le succès de l'institution probatoire se produit quand les propositions sur les faits qui se considèrent prouvées sont vraies⁵.

Il est toutefois important de préciser que cette contribution ne vise pas à se positionner sur le contenu de la vérité dans le procès judiciaire. S'il convient d'exclure toute conceptualisation de la vérité comme quelque chose d'absolu et d'objectif, il faut simplement entendre par vérité quelque chose de relatif et de circonstancié, qui résulte nécessairement d'un raisonnement probabiliste⁶ et qui se rapproche au maximum de la réalité des faits dont l'existence reste elle-même incertaine⁷. Si, d'un point de vue épistémologique, la vérité des hypothèses factuelles ou normatives ne peut jamais être absolument garantie, Popper signale néanmoins que « [l'impossibilité] de vérifier une hypothèse, ne veut pas dire qu'on ne peut pas rationnellement préférer une hypothèse à une autre sur le fondement d'une plus grande corroboration de la première⁸ ». La preuve peut, à ce titre, légitimer le procès constitutionnel en contribuant à la vérification de l'exactitude matérielle des faits dont la vérité reste certes relative. Comme les décisions du juge constitutionnel sont fondées sur des éléments de preuve et sur une certaine logique, elles ne sont pas le résultat d'une argumentation arbitraire et peuvent ainsi paraître conformes aux croyances des auditoires précités. Par ailleurs, les décisions de la justice constitutionnelle n'étant pas susceptibles d'appel, elles constituent l'ultime recours contre une disposition normative querellée et risquent de s'imposer *erga omnes* dans certains ordres juridiques. En l'absence d'une possibilité de révision de l'erreur judiciaire sur l'exactitude matérielle des faits, la preuve paraît un outil de légitimation incontournable. D'autant plus que la motivation des décisions constitutionnelles sur la preuve pourrait contrebalancer les critiques souvent adressées au mode de rédaction de telles décisions⁹. Si le raisonnement du juge contient une motivation suffisante sur l'admissibilité, la force probante et l'évaluation de la

⁴ J. BENTHAM, *Benthamiana: or, Select extracts from the works of Jeremy Bentham. With an Outline of his Opinions on the Principal Subjects Discussed in his Works*, éd. J.H. Burton, Edinburgh, William Tait, 1843 ; W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Palo Alto, Stanford University Press, 1985 ; J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002 ; J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015 ; M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002 ; M. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁵ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 30.

⁶ *Ibid.*

⁷ Sur ce thème, voir par exemple A. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁸ K. POPPER, *Unended Quest: An Intellectual Autobiography, The Philosophy of Karl Popper*, vol. 1, éd. P.A. Schilpp, LaSalle, IL, Open Court Publishing, 1974, p. 140.

⁹ F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHEAU, *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

preuve, la décision pourrait se rapprocher davantage de l'exactitude matérielle des faits et paraître ainsi plus conforme aux attentes des différents auditoires.

Ensuite, certains auteurs écartent la vérité comme seule fonction du procès judiciaire et, d'un point de vue sociologique, mettent l'accent sur d'autres mécanismes *légitimateurs*. En examinant les autres fins possibles que l'exactitude matérielle dans le procès, Luhmann se réfère, par exemple, à *une légitimation par la procédure*. Selon lui, « une théorie de la procédure a [...] besoin d'une perspective fonctionnelle centrale plus abstraite qui intègre le mécanisme de la vérité, mais qui ne s'épuise pas en lui¹⁰ ». Si Luhmann soulève la fonction sociologique de la procédure, au niveau général, Lévy-Bruhl se réfère tout particulièrement à la fonction sociologique de la preuve :

Si audacieuse, si révolutionnaire que soit une allégation ou une découverte, elle sera « prouvée » si elle rencontre l'adhésion du groupe social, restreint ou étendu, où elle désire pénétrer. Toute preuve, en dehors même de sa fonction d'ordre intellectuel, qui est généralement la seule à laquelle on songe, a une fonction sociale qui consiste à faire accepter la thèse que l'on soutient. Prouver c'est approuver. Une proposition prouvée est une proposition admise, acceptée, faisant désormais, au moins pour un temps, partie des vérités officielles. On voit en quel sens on est en droit de dire que la fonction de la preuve est la recherche de la conviction, ou, si l'on préfère, de l'homologation¹¹.

Or, cette homologation n'est pas toujours gagnée à travers l'exactitude matérielle des faits. C'est pourquoi Mustapha Mekki insiste sur le fait que « la vérité prouvée ne doit pas seulement être légitime au sens substantiel mais aussi le résultat d'une procédure probatoire équitable¹² ». Certains auteurs considèrent néanmoins que la conciliation synchronisée entre la *vérité* et le procès équitable peut s'avérer difficile. La finalité de la légitimité procédurale peut parfois empêcher la recherche de la vérité. John D. Jackson explique à cet égard que :

à partir du moment où il reste très difficile d'établir des règles pour justifier la substance des décisions atteintes, il reste toujours possible de trouver des moyens pour justifier la manière selon laquelle les décisions ont été prises au lieu de « renforcer » le niveau de leur précision. Ces moyens peuvent aller de l'obligation de tenir une audience publique jusqu'à l'obligation de motiver les jugements. Cela peut davantage paraître comme un effort pour le système de légitimer ses décisions de justice que comme un besoin d'assurer leur précision factuelle. [...] L'audience publique, l'une de conditions du procès équitable selon l'article 6 § 1 de la CEDH, est un moyen de démontrer la précision des conclusions atteintes à travers les éléments de preuve mais elle peut, par exemple, empêcher les parties de dévoiler des informations pertinentes pour l'affaire¹³.

¹⁰ N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Laval/Paris, Presses de l'Université Laval/Éditions du Cerf, 2001, p. 16.

¹¹ H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 22.

¹² M. MEKKI, « Vérité et preuve. Rapport français », in *La preuve, Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique*, Paris/Bruxelles, LB2V/Bruylant, 2015, p. 829.

¹³ J.D. JACKSON, « Managing Uncertainty and Finality: The Function of the Trial in Legal Inquiry », in A. DUFF (dir.), *The Trial on Trial*, vol. I, *Truth and Due Process*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 121-145, p. 128.

Eu égard aux différentes conceptualisations des légitimités, Mustapha Mekki lie la première fonction de la preuve à la légitimité substantielle qui « renvoie à la vérité comme finalité, comme objet de la preuve [...] [et] suppose alors de s'intéresser à la manière dont le juge utilise les éléments probatoires pour construire cette vérité judiciaire¹⁴ ». Ensuite, il lie la deuxième fonction de la preuve à la légitimité procédurale qui, « complémentaire de la première, désigne un ensemble de principes procéduraux et de règles procédurales ». En effet, poursuit-il, « [la] vérité ne peut être légitime qu'à la condition d'avoir été établie par des éléments de preuve obtenus et débattus dans le respect d'une certaine procédure¹⁵ ». Le respect de cette procédure permet à nouveau de légitimer le résultat du procès constitutionnel et d'emporter la conviction des auditoires ciblés.

Il en ressort que la preuve présente un grand avantage à la fois sur le plan conceptuel et opérationnel. Elle peut, à travers sa double dimension, servir deux causes différentes : d'un côté, la preuve légitime car elle constitue le moyen indispensable de parvenir à une certaine vérité et, d'un autre côté, elle légitime car elle présuppose le déroulement d'une procédure probatoire qui garantit le droit de tout justiciable à voir sa cause examinée par un juge. Si le régime probatoire qui a comme seule fonction la démonstration de la vérité des faits est parfois aux antipodes de celui qui a comme fonction de recevoir l'approbation de la communauté, ces deux fonctions concourent au même objectif de légitimation du procès constitutionnel. Il est ainsi important de préciser que l'intention n'est pas de procéder, dans ce texte, à l'appréciation des avantages et des inconvénients respectifs de chacune de ces deux fonctions de la preuve. Il s'agit plutôt de démontrer que quelle que soit la conceptualisation de la finalité du procès, exactitude matérielle des faits ou légitimité procédurale, le droit de la preuve fait figure d'instrument particulièrement malléable de légitimation des pouvoirs du juge constitutionnel.

Tels qu'ils peuvent être reconstruits d'un point de vue métathéorique, les discours de légitimation, à la fois du droit positif et de la doctrine, peuvent être regroupés en deux principales catégories. La première vise à examiner les discours légitimant le juge constitutionnel à travers la preuve conçue comme un moyen de vérification de la réalité des faits (I). La seconde relève des discours légitimant le juge constitutionnel à travers la procédure probatoire « équitable¹⁶ », c'est-à-dire une procédure qui se trouve encadrée par les principes du procès équitable¹⁷ (II).

¹⁴ M. MEKKI, « Vérité et preuve. Rapport français », art. cité, p. 816-817.

¹⁵ *Ibid.*, p. 817.

¹⁶ Le droit à un procès équitable est consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». Certains auteurs notent que « des principes fondamentaux de procédure [...] ayant vocation à s'appliquer à toutes les formes de justice et à toutes les sortes de procédure [...] peuvent être sommairement résumés à travers l'exigence du droit au procès équitable tel qu'il peut résulter, par exemple, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'interprétation qu'en fait quotidiennement la Cour européenne des droits de l'homme ». Voir en ce sens L. CADJET, « Pour une « théorie générale du procès », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 134 et E. JEULAND, *Droit processuel. Une science de la reconstruction des liens de droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2007, n° 162.

¹⁷ À l'aune des garanties de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, un standard de modèle processuel, dicté par les instances européennes, semble naturellement

I. LÉGITIMATION PAR LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ

La preuve peut légitimer, d'un point de vue substantiel, la décision du juge constitutionnel par le rapprochement de cette dernière et de la *vérité* des faits. Le droit positif de plusieurs États inclut un grand nombre de dispositions qui sont censées faciliter la collecte des données soumises à l'appréciation du juge constitutionnel. L'étendue des pouvoirs d'instruction dans la recherche des faits diffère selon les règles procédurales de chaque État. Toutefois, qu'il s'agisse de preuves présentées – à titre préliminaire ou à titre complémentaire – par les parties au procès (A) ou de preuves administrées d'office (B), l'objectif de légitimation peut être atteint.

A. Une vérité partagée : la contribution des parties

Rares sont les dispositions dans les lois organiques qui établissent des critères clairs pour l'admissibilité des preuves. La grande majorité d'entre elles sont *inclusives* au sens benthamien du terme. Selon le système naturel de Jeremy Bentham, tous les éléments et modes de preuve pertinents doivent en effet être admis. Il appartient au juge, et notamment à son jugement rationnel, d'évaluer les différents modes de preuve et d'en apprécier l'importance. Le seul scénario dans lequel les éléments de preuve peuvent être exclus est celui des éléments non pertinents, superflus ou dont la production impliquerait une contrariété, des retards et des coûts excessifs¹⁸. Selon ce même système, les règles d'exclusion ainsi que leur niveau de rigidité technique doivent être remplacés par le principe de la suspicion qui confère au juge une grande marge d'appréciation lors de la phase d'évaluation des preuves¹⁹. C'est pourquoi presque tous les modes de preuve sont considérés comme admissibles dans le procès constitutionnel.

Il est possible d'identifier quelques dispositions qui peuvent être caractérisées comme inclusives. L'article 119 de la loi réglementaire des articles 103 et 107 de la Constitution du 2 avril 2013 sur l'*amparo* au Mexique prévoit que : « Toutes les preuves sont recevables, à l'exception de l'aveu ²⁰ ». La loi n° 182/1993 du 16 juin 1993 sur la Cour constitutionnelle de la République tchèque²¹, dans son article 48(1), fait référence au principe de nécessité en prévoyant que :

s'imposer. Les travaux de Serge Guinchard parlent, par exemple, d'un modèle universel de procès équitable et d'une exportation de celui-ci vers les juridictions nationales. Sur ce thème, voir par exemple, S. GUINCHARD *e. a.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

¹⁸ J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 7, *Rationale of Judicial Evidence*, Part 2, éd. J. Bowring, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, accessible à l'adresse [<https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2>] (consulté le 14 octobre 2019).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ La disposition s'énonce comme suit dans la langue originale : « *Serán admisibles toda clase de pruebas, excepto la confesional por posiciones* ». La version officielle de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* est accessible à l'adresse [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf] (consulté le 27 août 2019).

²¹ Constitutional Court Act 182/1993 Sb, 16 juin 1993, accessible à l'adresse [https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Pravni_uprava/AJ/ConstitutionalCourtAct.pdf] (consulté le 26 août 2019).

La Cour admet tous les éléments de preuve nécessaires pour établir les faits de la cause. Elle décide quelles preuves invoquées sont nécessaires afin de les admettre et peut admettre des preuves autres que celles qui ont été proposées[.]

L'article 49(1) ajoute que :

Tout moyen permettant d'établir les faits de l'affaire peut être utilisé comme preuve. Cela inclut notamment les auditions de témoins, les expertises, les rapports et déclarations des autorités de l'État et des personnes morales, les documents, les résultats d'enquêtes, ainsi que les auditions des parties.

De même, en vertu de l'article 34 de la loi n° I-67 du 3 février 1993 sur la Cour constitutionnelle lituanienne,

Toute donnée factuelle est admise à titre de preuve sur la base de laquelle la Cour constitutionnelle conclut qu'il existe des circonstances qui justifient les demandes ou les contestations des parties ou qu'il n'y pas de telles circonstances²².

Au contraire, l'article 19 du règlement de la Cour constitutionnelle de l'Indonésie précise que seuls les modes de preuve obtenus de manière légitime et légale peuvent être admissibles. Les contre-exemples demeurent cependant exceptionnels.

Ensuite, si les preuves apportées ne semblent pas suffisantes, le droit positif laisse parfois le juge libre de décider s'il est nécessaire de solliciter des informations complémentaires auprès des parties impliquées dans l'affaire. En Espagne, dans les dispositions applicables aux conflits entre l'État et les Communautés autonomes ou les conflits entre elles, l'article 65(1) de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 portant sur le Tribunal constitutionnel prévoit que

Le Tribunal pourra demander aux parties toutes les informations, les éclaircissements ou les précisions qu'il jugera nécessaires à sa décision et il statuera, au cours des quinze jours suivant le terme du délai d'allégation ou de celui qui, le cas échéant, serait fixé pour les informations, les éclaircissements ou les précisions complémentaires précitées²³.

De même, dans le cadre des conflits en défense de l'autonomie locale, l'article 75 quinquies (4) de la même loi précise que

Le Tribunal pourra demander aux parties autant d'informations, de mises au point ou de précisions nécessaires pour prononcer une décision, laquelle sera émise dans un délai de quinze jours après avoir reçues les déclarations, ou bien, après le délai fixé pour la réception des informations, mises au point ou précisions complémentaires annoncées précédemment.

Il en va de même en Uruguay, où l'article 516.3 du code processuel général prévoit que

Si l'allégation d'inconstitutionnalité était de nature formelle ou dépendait de questions de fait, la Cour, afin de les clarifier, peut ordonner les mesures [...] qu'elle estime appropriées et recevoir les preuves que les parties ont présentées, dans un délai de quinze jours.

²² The Law on the Constitutional Court of the Republic of Lithuania n° I-67, 3 février 1993, accessible à l'adresse [<https://www.lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-law-on-the-constitutional-court/193>] (consulté le 26 août 2019).

²³ Loi organique n° 2/1979 portant sur le Tribunal constitutionnel, 3 octobre 1979, accessible à l'adresse <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTIC-fr.pdf> (consulté le 26 août 2019).

De la même manière, en Estonie, l'article 49 de la loi sur la procédure du contrôle de constitutionnalité prévoit, au titre des droits et obligations des parties, que, « à la demande de la Cour, les participants à la procédure sont tenus de soumettre des documents et des informations supplémentaires à la Cour dans le délai imparti par celle-ci. » Enfin, au Mexique, l'article 68 de la loi réglementaire de l'article 105 de la Constitution sur le recours d'inconstitutionnalité – *acción de inconstitucionalidad* – prévoit que :

Jusqu'à la condamnation, le ministre instructeur peut demander aux parties ou à toute personne qu'il juge appropriée, tous les éléments qui, à son avis, sont nécessaires à la meilleure solution du problème.

Cette dernière disposition qui se réfère à des tiers au procès – *à travers la sollicitation de toute autre personne* – reflète l'autonomie du juge dans la recherche des faits, autonomie qui lui permet d'ailleurs d'agir sans l'accord des parties au procès. C'est pourquoi il peut recourir à la preuve d'office pour compléter les informations manquantes et maximiser davantage le processus de collecte des éléments de preuve. L'utilisation d'un tel pouvoir ne repose pas sur l'arbitraire du juge mais plutôt sur la volonté d'avoir à sa disposition le plus d'informations possible afin de légitimer sa décision par l'établissement d'une vérité qui se construit progressivement et avec la participation de tous les acteurs du procès, *internes et externes*.

B. Une vérité co-construite : la contribution des tiers

Les tiers au procès peuvent désigner à la fois des autorités publiques et des experts scientifiques.

Eu égard à la première catégorie, l'article 119 du code processuel constitutionnel péruvien prévoit que :

Le Tribunal [constitutionnel] peut demander aux pouvoirs de l'État et aux organes de l'Administration publique tous les rapports et documents qu'il juge nécessaires à la résolution des problèmes relevant de sa compétence.

Les pouvoirs inquisitoires de la Cour constitutionnelle italienne sont également remarquables. Selon l'article 12.1 des normes intégratives pour les jugements devant la Cour constitutionnelle italienne,

La Cour fournit au moyen d'une ordonnance les moyens de preuve qu'elle juge appropriés et établit les conditions et les méthodes à respecter pour leur emploi.

En Corée du Sud, l'article 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle prévoit que

Le juge qui préside peut, s'il le juge nécessaire, désigner un des juges pour procéder à l'examen des preuves en vertu de l'alinéa 1. En outre, le tribunal dans son ensemble peut, par une décision, enquêter sur les faits nécessaires à la décision, ou demander à d'autres agences de l'État ou organisations publiques d'envoyer des documents ou de soumettre des pièces[.]

En Allemagne, les dispositions procédurales générales de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale prévoient, à leur article 26(1), que la Cour Constitutionnelle peut avoir un rôle actif dans l'instruction du dossier et rechercher des informations supplémentaires sur des faits précis avec l'aide des autres autorités judiciaires :

La Cour constitutionnelle fédérale recueillera les preuves nécessaires pour établir la vérité. En dehors de l'audience, elle peut charger un membre de la cour de le faire ou demander à une autre cour de le faire en ce qui concerne des faits spécifiques et des individus.

Aussi, l'article 27 de la même loi précise que les autres autorités judiciaires et administratives doivent coopérer avec le juge constitutionnel afin de compléter les informations manquantes du dossier :

Tous les tribunaux et toutes les autorités administratives doivent fournir à la Cour constitutionnelle fédérale une assistance juridique et administrative. Si la Cour constitutionnelle fédérale demande les dossiers de la procédure initiale, ceux-ci sont soumis directement à la Cour.

Outre les autorités publiques, administratives ou judiciaires, qui peuvent assister le juge constitutionnel dans sa recherche des faits, la jurisprudence de la Cour suprême étasunienne témoigne d'un recours fréquent à la preuve scientifique notamment dans le cas des faits législatifs. Ces derniers dépassent l'affaire de l'espèce et sont liés au contexte sociopolitique²⁴. Les *legislative facts* à la disposition de la Cour Suprême ne sont pas toujours suffisants. Les juges ont le choix entre le renvoi de l'affaire au juge ordinaire pour que ce dernier collecte plus d'éléments de preuve et la collecte des preuves par leurs propres moyens, c'est-à-dire par le recours aux expertises et aux *amici curiae*. Néanmoins, la littérature étasunienne critique souvent le fait que ces modalités de recherche ne respectent pas toujours le principe de la contradiction²⁵. Les parties sont de moins en moins impliquées dans la recherche des informations sur les *legislative facts*. Les pièces collectées par les juges suprêmes ne sont pas communiquées aux parties pour être débattues et discutées, et cela conduit à affaiblir le respect du principe du contradictoire. La négligence des règles probatoires *équitables* peut être démontrée à travers la méthode d'utilisation des rapports d'expertise scientifique : à l'aide du mécanisme du *subpoena*²⁶, le juge sollicite d'un expert une pièce d'information et communique les résultats aux parties dans la phase finale du procès. Une telle pratique jurisprudentielle pourrait être ainsi légitimée par la recherche de l'exactitude matérielle des faits, mais risquerait d'aller à l'encontre de la légitimité procédurale. Plus précisément, la non-communication des preuves aux parties lors de la phase du débat peut constituer une violation à la fois des droits de la défense et du principe du contradictoire.

Le recours à la preuve scientifique se généralise de plus en plus et semble être prévu par la réglementation explicite d'un grand nombre des juridictions. En Slovénie, l'article 28(2) de la loi sur la Cour constitutionnelle autorise la Cour à obtenir des preuves supplémentaires et à participer activement à la recherche des faits :

La Cour constitutionnelle peut également obtenir les éclaircissements nécessaires auprès d'autres participants à la procédure, ainsi que d'autorités de l'État,

²⁴ La distinction entre « *legislative facts* » et « *adjudicative facts* » a été introduite par Kenneth Culp Davis. Alors que les premiers doivent être pris en compte afin de définir des éléments qui dépassent l'affaire à juger, notamment pour décider l'interprétation d'un énoncé normatif qui a vocation à s'appliquer à de nombreux autres cas, les seconds désignent, de manière plus limitée, les faits propres à l'espèce à juger. Selon Allison Larsen, les faits législatifs sont employés dans des buts très différents : afin de démontrer la prévalence d'une pratique, afin de souligner la signification sociétale d'un thème, afin de démontrer un consensus national émergeant ou afin d'établir une compréhension historique du monde. Voir en ce sens K.C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harvard Law Review*, vol. 55, 1942, p. 234 ; A.O. LARSEN, « Confronting Supreme Court Fact Finding », *William & Mary Law School Scholarship Repository*, vol. 98, 2012, p. 1255 ; A.O. LARSEN, « Factual Precedents », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, 2013, p. 99.

²⁵ A.O. LARSEN, « Confronting Supreme Court Fact Finding », art. cité.

²⁶ Dans le droit anglo-saxon ce terme désigne, en général, l'injonction de paraître devant un tribunal pour produire un témoignage ou un document.

d'autorités de la communauté locale et de responsables de l'autorité publique ; elle peut également obtenir des avis d'experts, d'organisations d'experts et autres, interroger des témoins experts et autres, et examiner d'autres preuves, ou obtenir des preuves d'autres cours ou d'autres autorités.

Dans les recours intentés sur le fondement d'une violation des droits fondamentaux, le juge complète les informations factuelles par lui-même et, plus précisément, à travers une preuve administrée d'office. Au Honduras, l'article 33 de la loi sur la justice constitutionnelle précise, en matière d'*habeas corpus*, que

Le juge rapporteur peut, à tout moment du procès et sans aucune formalité, ordonner la comparution de témoins, d'experts ou d'experts jugés nécessaires pour clarifier les faits et recueillir toute autre information.

Si aucune formalité n'est exigée par la disposition hondurienne, il n'en va pas exactement de même au Guatemala, où l'article 35 de la *Loi d'Amparo, Exhibition Personnelle et de Constitutionnalité*, semble imposer quelques lignes directrices au juge constitutionnel quant à la collecte de la preuve d'office :

Les tribunaux d'*amparo* peuvent être dispensés de preuves dans les cas où, à leur avis, cela n'est pas nécessaire, mais ils les traiteront obligatoirement si le demandeur en fait la demande. Si l'*amparo* est ouvert à la preuve, le tribunal, dans la même résolution, indiquera les faits qui feront l'objet d'une enquête d'office, sans préjudice de tout autre élément pouvant être nécessaire ou des preuves fournies par les parties.

Ces lignes directrices ne semblent toutefois pas restreindre considérablement les pouvoirs inquisitoires du juge, car l'article 36 qui suit énonce que :

S'il existe des faits controversés, le tribunal les examinera d'office, en faisant preuve de la diligence nécessaire pour épuiser l'enquête. Aucune personne ou autorité ne peut refuser de répondre à un appel du tribunal d'*amparo* ou de se conformer à ses ordres, sauf en cas de force majeure que ce même tribunal vérifiera. Le non-respect de l'ordonnance d'enquête sera sanctionné conformément au code pénal[.]

De la même manière, si l'article 78 de la loi mexicaine sur l'*amparo* énonce, en principe, que les preuves non présentées à la cour ne peuvent pas être prises en considération et sont irrecevables, le paragraphe 3 du même article semble nuancer le principe d'irrecevabilité en permettant au juge de réunir rétrospectivement les éléments de preuve :

Le juge d'*amparo* doit recueillir de manière informelle des éléments de preuve qui, après avoir été rendus devant la personne responsable, ne figurent pas dans les dossiers et sont jugés nécessaires pour résoudre l'affaire.

La reconnaissance explicite de pouvoirs d'action *ex officio* pour le juge constitutionnel ainsi que le devoir d'adaptation des exigences formelles peuvent faire l'objet d'interprétations variées. Les commentateurs du code processuel constitutionnel péruvien justifient, par exemple, la latitude du juge dans la recherche des faits en notant que

le système processuel dans son ensemble doit être interprété et appliqué de la manière la plus anti-formaliste possible [sans que cela signifie] une dévalorisation ou une relativisation des formes processuelles²⁷.

²⁷ C. MESÍA RAMÍREZ, *Exégesis del código procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p. 63.

Si la finalité originelle du procès constitutionnel et notamment des recours directs – *amparo*, *habeas corpus*, *tutela*, *habeas data*, etc. – consiste en une protection effective des droits des justiciables, le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel peut être éventuellement légitimé à travers la découverte *de la vérité* sur la violation des droits fondamentaux. Cette légitimation ne semble pas affectée par la voie d’obtention de la preuve – demandée par les parties ou recherchée à l’initiative du juge. Si l’on fait exception du cas étasunien où l’absence de communication des expertises aux parties peut parfois poser problème, la possibilité d’une preuve d’office est souvent soumise à l’exigence du principe du contradictoire. Le régime probatoire peut prendre la forme d’un régime plus accusatoire dans la poursuite de la légitimité procédurale ou plus inquisitoire dans la poursuite de la légitimité substantielle. Toutefois, il s’agit plutôt d’une question de dosage dans un régime, par nature, hybride, à savoir un régime qui emprunte des traits à la fois du système accusatoire et inquisitoire²⁸.

Ainsi, l’adaptation du formalisme supposé excessif n’impliquerait pas une interprétation réductrice pour les droits de la défense et le principe d’égalité des armes. Cela veut dire que la première fonction de la preuve, telle que théorisée dans l’introduction, ne sacrifie pas nécessairement la légitimité procédurale au profit de la légitimité substantielle. Toutefois, il convient d’examiner comment s’articulent, en particulier, les discours qui cherchent à légitimer le procès constitutionnel à travers la deuxième fonction de la preuve conceptualisée comme opération procédurale.

II. LÉGITIMATION PAR LA PROCÉDURE PROBATOIRE ÉQUITABLE

Il est important de noter qu’il y a deux types de procédure probatoire dans lesquels l’intervention du juge constitutionnel peut être identifiée. Chacun de ces deux types relève de deux branches ou disciplines du droit processuel différentes, qui peuvent être respectivement conceptualisées comme *droit constitutionnel probatoire* ou *droit constitutionnel de la preuve* (preuve à laquelle ont droit les justiciables) et *droit probatoire constitutionnel* ou *droit de la preuve dans le procès constitutionnel*. Autrement dit, la première discipline concerne le contentieux constitutionnel de la preuve alors que la seconde concerne la preuve en contentieux constitutionnel.

Selon la branche du droit processuel concernée, l’intervention du juge constitutionnel se situe à deux moments procéduraux différents : dans le cadre du contrôle incident, le juge constitutionnel opère un contrôle de la constitutionnalité de la preuve, alors que, dans le cadre du contrôle principal, il examine, en premier et dernier ressort, la preuve apportée devant lui-même, c’est-à-dire la preuve de l’inconstitutionnalité. Le critère du moment procédural de la saisine du juge constitutionnel permet ainsi d’identifier deux discours sur la légitimation procédurale. Dans le premier cas, la légitimation résulte de la vérification de la procédure probatoire qui se déroule devant le juge ordinaire (A). Dans le second cas, la légitima-

²⁸ M.R. DAMAŠKA, « The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction », in J. WALKER et O.G. CHASE (dir.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Markham, LexisNexis, 2010, p. 3-21 ; S. AMRANI-MEKKI, « The Future of the Categories, the Categories of the Futur », in J. WALKER et O.G. CHASE (dir.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Markham, LexisNexis, 2010, p. 247-266.

tion résulte de l'absence d'une procédure probatoire complexe devant le juge constitutionnel ou, pour le moins, des aménagements de la procédure probatoire ordinaire (B).

A. Le contrôle de la procédure probatoire ordinaire

Selon la définition de Picó i Junoy dans le champ du procès civil,

le droit à la preuve est celui dont dispose le justiciable eu égard à l'utilisation des éléments de preuve nécessaires pour emporter la conviction du tribunal sur ce qui est discuté dans le processus²⁹[.]

Outre son autonomie conceptuelle, le droit à la preuve s'inscrit parfois dans le cadre général du droit au procès équitable et, plus concrètement, dans le cadre de la protection juridictionnelle effective³⁰.

Si l'examen de la preuve appartient aux compétences du juge ordinaire, un contrôle par le juge constitutionnel reste possible. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un appel où l'on rejuge toute l'affaire, mais plutôt d'une forme de cassation – entendue *lato sensu* – fondée sur des motifs d'inconstitutionnalité. Cette possibilité de réexamen de la preuve trouve son fondement soit dans le texte de la Constitution soit dans la jurisprudence constitutionnelle.

Eu égard à la consécration textuelle du droit à la preuve, l'article 29 de la Constitution colombienne semble, par exemple, expressément consacrer « un véritable droit probatoire³¹ ». En particulier, cet article prévoit que :

le procès équitable s'appliquera à tous les types de procédures judiciaires et administratives. [...] Quiconque est accusé a le droit de présenter des preuves et de contester celles qui sont alléguées à son encontre. [...] La preuve obtenue en violation du procès équitable est nulle de plein droit.

Ana Giacomette-Ferrer explique, à propos de ce cas, que le droit à la preuve s'intègre dans les garanties du procès en étant « plus ou moins un aspect du droit d'action et de contradiction³² ». De même, le Tribunal constitutionnel espagnol a la compétence d'examiner l'appréciation de la preuve par les juges ordinaires dans le cadre du recours d'*amparo* en s'appuyant sur le fondement des articles 24.1 et 24.2 de la Constitution espagnole. De la même manière, sur le fondement de l'article 139.5 de la Constitution péruvienne qui consacre la motivation des résolutions judiciaires comme un principe fondamental constitutionnellement garanti, le juge constitutionnel peut être amené à exercer un contrôle sur l'activité probatoire du juge ordinaire. Au contraire, en Argentine, le droit à la preuve est consacré par voie

²⁹ J. PICO I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelone, Bosch, 1996, p. 16 *sqq.*

³⁰ A. GIACOMETTE FERRER, « Valoración de la prueba por el juez constitucional », in E. FERRER MAC-GREGOR, C. de J. MOLINA SUÁREZ (dir.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, vol. 2, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 287-326 ; A. PORRAS VELASCO, « La Prueba En Los Procesos Constitucionales: Aproximaciones a Los Principales Retos En El Caso Ecuatoriano », in J. MONTAÑA PINTO et A. PORRAS VELASCO (dir.), *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador*, vol. 2, Quito, Cuadernos de Trabajo, 2012, p. 49-50.

³¹ A. GIACOMETTE FERRER, « Valoración de la prueba por el juez constitucional », art. cité, p. 292.

³² *Ibid.*, p. 291.

jurisprudentielle³³. Quelle que soit la voie de consécration du droit à la preuve, qui permet de la sorte au juge constitutionnel *ad hoc* ou au juge d'une cour suprême dotée de la même mission d'exercer un contrôle de l'activité juridictionnelle ordinaire, il importe d'examiner les modalités du contrôle effectué par le juge constitutionnel à travers l'exemple de la jurisprudence espagnole, qui fera figure d'étude de cas.

Il ressort de la jurisprudence des deux décisions du 17 décembre 1985³⁴ que les modalités du contrôle sont assez similaires, sinon identiques, au contrôle effectué par le Tribunal suprême espagnol. L'accent est mis sur le fait que les juges ordinaires doivent exposer le raisonnement qui les a amenés à inférer, à partir des indices, l'affirmation présumée. Le contrôle du Tribunal constitutionnel met l'accent sur l'identification de l'incohérence dans le raisonnement du juge. Selon la décision du 21 décembre 1988³⁵, une preuve ne peut pas exister sans que le lien de causalité soit extériorisé, c'est-à-dire si elle apparaît uniquement comme une appréciation « conséquente » sans être véritablement motivée, expliquée ou explicitée par le juge. Julio César Gordón Aguilar note à cet égard que

la fonction du Tribunal constitutionnel n'est pas pour autant de se substituer au juge ordinaire mais simplement de vérifier la rationalité des inférences contenues dans le raisonnement de ce dernier. [...] Toutefois, son contrôle s'avère plus étendu qu'une simple vérification, et le recours d'*amparo* se transforme, en pratique, en une instance ultime ou en une cassation secrète³⁶.

Par conséquent, le juge constitutionnel semble fonctionner comme un tribunal de cassation qui se prononce sur un vice de procédure dans un jugement. Dans sa décision du 15 juin 2009³⁷, le juge constitutionnel espagnol accorde l'*amparo* sollicité en considérant que l'absence totale de référence, de la part du juge ordinaire, à l'évaluation de la preuve d'expert a violé le droit à une protection juridictionnelle effective, comprise comme incluant le droit d'obtenir une décision judiciaire motivée et fondée en droit. Dans le cadre de ce recours, le contrôle du juge constitutionnel se limite à la vérification de l'existence d'une activité probatoire et des règles de logique dans le raisonnement judiciaire.

La violation du droit à une protection procédurale effective et notamment l'exigence de motivation appropriée est également invoquée dans le cadre de l'examen de la preuve circonstancielle. Cette dernière, par opposition à la preuve directe qui prouve un fait de façon concluante, désigne une preuve qui permet d'inférer indirectement l'existence d'un fait. Ainsi, dans une série de décisions³⁸, le Tribunal constitutionnel espagnol a déclaré que le droit à la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce qu'une condamnation judiciaire dans une procédure pénale puisse

³³ O.A. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, vol. 1, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 171.

³⁴ Sentencias Tribunal Constitucional Español n° 174/1985 et n° 175/1985 (BOE núm. 13, 15 janvier 1986).

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional Español n° 256/1988 (BOE núm. 19, 23 janvier 1989).

³⁶ J.C. GORDÓN AGUILAR, *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el Proceso Penal*, dir. L.M. Bujosa Vadell, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011, p. 427-433.

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Español n° 139/2009 (BOE núm. 172, 17 juillet 2009).

³⁸ Sentencias Tribunal Constitucional Español: n° 229/1988 (BOE núm. 307, 23 décembre 1988), n° 123/2002 (BOE núm. 146, 19 juin 2002), n° 135/2003 (BOE núm. 181, 30 juillet 2003), et n° 137/2005 (BOE núm. 148, 22 juin 2005).

être fondée sur la base d'une preuve circonstancielle. Mais pour que cette dernière puisse réfuter cette présomption, elle doit satisfaire aux exigences constitutionnelles suivantes. Le « premier juge » ou le juge du fond doit préciser, en premier lieu, quels sont les indices prouvés et, en outre, comment il se déduit à travers de leur examen que le mis en cause a participé à la commission de l'infraction de sorte que tout autre juge qui doit intervenir ultérieurement dans le procès puisse comprendre le jugement formulé à partir de ces éléments de preuve. Enfin, une fois la violation du droit à la présomption d'innocence alléguée devant le juge constitutionnel, celui-ci est chargé d'analyser non seulement qu'a eu lieu une activité probatoire, mais que celle-ci peut aboutir à une condamnation – en présence d'une preuve à charge –, et dans le cas où il y ait eu une preuve circonstancielle, que celle-ci réponde aux exigences constitutionnelles susmentionnées. Par conséquent, il revient au juge constitutionnel ayant un accès complet aux considérations factuelles et de droit, d'évaluer tout type de motivation dans l'arrêt de condamnation émis par le juge ordinaire pénal. Il lui revient également de vérifier l'absence de cohérence logique des hypothèses ou des conclusions. Cela peut même impliquer pour le juge constitutionnel d'aller jusqu'à se prononcer sur le fond si ce sont les preuves circonstanciennes qui emportent la conviction du juge ordinaire.

Selon les exemples précités, il semblerait que le juge constitutionnel adopte une position similaire à celle du juge supranational et notamment de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en vérifiant si l'appréciation de la preuve s'est bien déroulée, sans pour autant examiner les modes de preuve eux-mêmes. Il ressort en effet de la jurisprudence strasbourgeoise que la preuve ne fait pas partie du droit au procès équitable, excepté si elle a une influence décisive sur la décision du juge. En particulier, la décision *Mantovanelli* précise que

la Convention [CEDH] ne régit pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1³⁹.

Cependant l'étendue et le degré du contrôle effectué par le juge constitutionnel, allant d'une simple vérification du respect des étapes procédurales jusqu'à un examen détaillé de la cohérence interne du raisonnement du juge ordinaire, peuvent considérablement varier d'une juridiction à l'autre.

La situation qui vient d'être exposée est celle d'une répartition des devoirs : il revient au juge ordinaire de vérifier l'exactitude matérielle des faits et au juge constitutionnel d'apprécier si cette vérification s'est correctement déroulée en termes procéduraux. Si, dans le deuxième scénario, c'est-à-dire dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la preuve, le juge constitutionnel impose le respect du droit à la preuve, il convient de se demander si ce même juge s'oblige à le respecter dans son propre contrôle de la preuve d'inconstitutionnalité. Autrement dit, il s'agit d'examiner, par la suite, comment s'articule le discours légitimateur dans le

³⁹ Cour EDH, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, Requête n° 16034/90, point 59 ; Cour EDH, *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, Requête n° 21497/93, point 34 ; Cour EDH, *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000, Requête n° 25735/94, point 66 ; Cour EDH, *Devinar c. Slovaquie*, 22 mai 2018, Requête n° 28621/15, point 45.

cadre du contrôle principal, contrôle qui amène le juge constitutionnel à évaluer, en premier ressort, la preuve apportée devant lui et qui relève la discipline du droit de la preuve dans le procès constitutionnel.

B. Les aménagements de la procédure probatoire ordinaire

Dans le contexte du développement d'un « droit commun du procès⁴⁰ », la doctrine du contentieux constitutionnel comparé s'est déjà prononcée à la fois sur l'applicabilité et l'application des principes directeurs régissant le procès constitutionnel. Un standard de modèle processuel, dicté par les instances européennes, s'exporte vers les juridictions nationales, notamment les juridictions constitutionnelles⁴¹. Certains projets doctrinaux interprètent ainsi l'évolution de la juridictionnalisation du contentieux constitutionnel à travers la promotion du droit au procès équitable.

En France, par exemple, plusieurs constitutionnalistes suggèrent que les modalités de fonctionnement jouent un rôle déterminant pour le renforcement de la légitimité de la justice constitutionnelle. Pour Pascal Jan,

la procédure, plus encore que les modalités de nomination, détermine largement la légitimité du Conseil constitutionnel et sa jurisprudence. Pour cette raison, les conditions d'exercice de sa fonction juridictionnelle représentent un enjeu essentiel d'une réforme de la juridiction constitutionnelle française⁴².

Thierry Santolini définit également la légitimité en un sens procédural :

la légitimité de l'action juridictionnelle dépend de la manière dont elle se déroule. Ainsi, la forme processuelle et l'application des principes procéduraux assurant aux parties un traitement équitable et le droit d'être entendues, constituent les principales sources de la légitimité des juridictions constitutionnelles⁴³.

Enfin, selon Dominique Rousseau,

la formalisation de la procédure suivie devant le Conseil est même la conséquence nécessaire de la reconnaissance de sa fonction de juge et d'un différend constitutionnel ; si, en effet la Cour de Strasbourg n'analysait pas les questions préjudicielles de constitutionnalité comme un procès, elle ne les soumettrait pas aux exigences de l'article 6 de la Convention. En adoptant un code de procédure qui fait droit à ces exigences, le Conseil marque le caractère juridictionnel de sa fonction⁴⁴.

Plusieurs États à travers le monde font le choix de prévoir une procédure probatoire devant le juge constitutionnel. Le contenu de ces réglementations peut considérablement varier à la fois sur le plan qualitatif et quantitatif. Rares sont les lé-

⁴⁰ S. GUINCHARD *e. a.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès. Inclus : droits allemand, américain, anglais et italien*, Paris, Dalloz, 2019, p. 44.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, vol. 4, n° 99, 2001, p. 71-86, p. 83.

⁴³ T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 25, 2008.

⁴⁴ D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, vol. 137, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2011, p. 47-55, en part. p. 51.

gislations qui sont détaillées quant à toutes les étapes probatoires classiques : admissibilité, modes de preuve, charge de la preuve, évaluation, standard de preuve, etc. Un exemple de réglementation explicite et relativement exhaustive est celui de la loi organique sur la Cour constitutionnelle lituanienne. Cette loi précise les conditions d'admissibilité, de discussion et d'évaluation de la preuve⁴⁵.

Toutefois, l'existence d'une procédure et le respect des exigences du procès équitable, y compris le respect du droit à la preuve, n'implique pas nécessairement une procédure identique à celle qui se déroule devant le juge ordinaire. Par « procédure probatoire » devant le juge constitutionnel, il faut plutôt entendre une procédure ajustée aux particularités structurelles et téléologiques du procès constitutionnel. Cet ajustement signifie que la procédure probatoire doit être dénuée de tout formalisme excessif et peut aller jusqu'à impliquer une absence de procédure probatoire.

L'exemple du code processuel constitutionnel péruvien constitue l'illustration parfaite de la possibilité de légitimation par l'absence d'une procédure probatoire. L'article 9 dudit code prévoit que

Dans les procès constitutionnels, il n'y a pas d'étape probatoire. Sont seulement apportés les moyens de preuve qui ne nécessitent pas d'action, ce qui n'empêche pas la réalisation des actes de preuve que le juge considère comme indispensables, sans affecter la durée du procès. Dans ce dernier cas, aucune notification préalable ne sera requise.

Cette disposition doit être lue à la lumière des principes directeurs énoncés par l'article III du même code, parmi lesquels figurent l'économie procédurale, l'immédiateté et la socialisation procédurale⁴⁶.

Il serait possible de penser que l'absence de phase probatoire est susceptible de porter atteinte au droit à la protection juridictionnelle effective, et notamment au droit à la preuve. Toutefois, le discours des acteurs juridictionnels, à la fois des juges et des professeurs, parvient à nuancer ce risque à travers une possible réintroduction de l'étape probatoire si le juge constitutionnel l'estime opportun et nécessaire.

Dans l'affaire *Alejandro Tarazana Valverde* du 22 septembre 2008, le Tribunal constitutionnel péruvien a précisé que

l'*amparo* constitue un procès dans lequel le juge n'a pas, en substance, à exercer une activité probatoire, mais seulement à juger la légitimité ou l'illégitimité constitutionnelle de l'acte réputé nocif ; en tant que moyen de protection urgente, ce procès doit nécessairement être rapide, simple et efficace[.] C'est pourquoi, dans le procès d'*amparo*, on ne peut élucider les affirmations qui ont pour objet la protection d'un droit fondamental dont la détention est incertaine ou litigieuse ou qui reposent sur des faits contradictoires ou controversés, ou qui nécessitent

⁴⁵ Voir notamment les articles 34 et 35 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle lituanienne [<http://www.bbcj.eu/law-constitutional-court-republic-lithuania/>] (consulté le 26 mai 2019).

⁴⁶ Le principe de socialisation procédurale (également inscrit à l'article VI du code processuel constitutionnel péruvien) implique la direction du procès par le juge de sorte que les inégalités matérielles entre les justiciables ne constituent pas un obstacle au droit d'obtenir une solution équitable. Código Procesal Constitucional Peruano, Ley n° 28237, accessible à l'adresse [https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/transparencia/pdf/marco_legal/Codigo_Procesal.pdf] (consulté le 28 avril 2019).

la production de preuves complexes. Cependant, cela n'interdit pas au juge de demander l'exécution de mesures de preuve complexes quand il les juge nécessaires et indispensables pour déterminer l'illégitimité ou la légitimité constitutionnelle de l'acte réputé dommageable⁴⁷.

De la même manière, dans l'affaire *RJ.S.A. Vda. De R* du 7 novembre 2007, le Tribunal constitutionnel péruvien affirme que

Bien que l'article 9 du Code susmentionné limite et établit l'absence d'étape probatoire dans les procédures constitutionnelles, il est également vrai qu'il existe une exception à la règle lorsque la deuxième partie du même article autorise « [...] l'accomplissement des actes de preuve que le juge estime indispensables, sans affecter la durée de la procédure ». De ce point de vue, ce qui existe réellement n'est qu'une limitation à l'action probatoire, puisqu'il est, en pratique, indispensable de présenter des éléments de preuve démontrant la violation ou la menace d'un droit constitutionnel. L'exception à la règle repose sur les dispositions de l'article 1 du Code, en ce sens que « l'objectif de tous les procès relatifs aux droits de l'homme est [...] de protéger les droits constitutionnels en restituant les choses à l'état antérieur à la violation ou à la menace de la violation d'un droit constitutionnel ». Sur le fondement de cette prémisse, notre Tribunal a le devoir impérieux d'accomplir tout acte de preuve qu'elle juge nécessaire et sans que cela affecte la durée du procès. C'est dans ce contexte que s'explique la faculté du Tribunal constitutionnel de demander, par exemple, la participation d'un *amicus curiae*, comme cela a été le cas dans l'affaire STC 7435-2006-PA / TC, en vertu de l'article 13-A de son règlement normatif⁴⁸.

La doctrine apporte le même type des nuances. Berly Javier López Flores note, à propos de cette *ausencia*⁴⁹ codifiée, que,

en dépit de cette réglementation procédurale, la pratique jurisprudentielle nous avertit de l'existence « matérielle » d'une phase probatoire dans les procès constitutionnels, pour décrire la situation factuelle d'une activité probatoire abondante et complexe et des questions éminemment techniques (par exemple, environnementales, technologiques, médicales, etc.) qui sont abordées devant le juge constitutionnel, [une phase qui est donc très comparable] à l'activité probatoire complexe qui se déploie « formellement » et à travers la réglementation d'une étape ou d'une phase probatoire devant le juge ordinaire⁵⁰.

Si certains auteurs transposent la logique du code processuel constitutionnel péruvien qui empêcherait le déroulement d'une étape probatoire pour des motifs de célérité et d'urgence au cas colombien, plusieurs aménagements permettent de relativiser l'absence totale de procédure probatoire. Nattan Nisimblat note à cet égard que

l'enquête en Colombie a donné des résultats particuliers en ce qui concerne l'admissibilité des preuves dans les recours de *tutela*, sa conduite, la manière de la décréter et la manière de l'évaluer, en concluant qu'il n'y a pas, en premier lieu, de restriction [de la procédure probatoire] consacrée à l'instar du Code processuel constitutionnel péruvien[.] Bien qu'il soit clair que le très court procès de *tutela* prend place dans son intégralité dans un délai de 10 jours, [...] si une

⁴⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Peruano, n° 04762-2007-PA/TC, points 11-12.

⁴⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Peruano, n° 3081-2007-PA/TC, points 3-4.

⁴⁹ Le terme d'absence figure de manière explicite dans le code constitutionnel péruvien.

⁵⁰ B.J. LÓPEZ FLORES, *Los medios probatorios en los procesos constitucionales*, Lima, Perú, Gaceta Jurídica, 2012, p. 35.

preuve doit être évaluée dans un jugement, le seul moyen afin de garantir la légalité, la licéité et la contradiction, est de respecter, en accord avec le principe d'adéquation, le principe de nécessité probatoire, selon lequel toute décision doit être fondée sur des éléments de preuve réguliers et opportuns liés au procès⁵¹.

Dans l'objectif de rendre la procédure probatoire plus égalitaire dans le procès constitutionnel, les règles sur la charge de la preuve peuvent également être aménagées. En raison d'une présomption de constitutionnalité qui bénéficie parfois aux dispositions contestées, l'*onus probandi* pèse sur le demandeur. Cette présomption impliquant un fardeau de la preuve assez important pour le justiciable, elle pourrait directement menacer l'esprit de justice corrective qui imprègne le code péruvien. Les aménagements du formalisme excessif devraient ainsi permettre la correction des situations inégalitaires des parties au procès. C'est pourquoi, Guillaume Tusseau note qu'

un tel principe [de présomption de constitutionnalité] n'empêche pas les juges constitutionnels de renverser cette charge une fois un commencement de preuve apporté par le demandeur. Tel est notamment le cas en matière de garantie des droits fondamentaux, où un principe *pro homine* tend à faire peser une certaine suspicion sur l'action de la partie forte⁵².

En Équateur, l'article 16 de la loi organique des garanties juridictionnelles et du contrôle constitutionnel prévoit ainsi en matière de recours de protection des droits fondamentaux que

Le demandeur doit démontrer les faits allégués dans le procès ou à l'audience, sauf dans les cas où le fardeau de la preuve est renversé.

Dans le même sens, au Costa Rica, en matière de recours d'*habeas corpus*, l'article 23 de la loi de juridiction constitutionnelle énonce que

Si le rapport n'est pas rendu dans le délai imparti [par le défendeur, accusé de méconnaître un droit fondamental], les faits invoqués peuvent être considérés comme certains[.]

Il en va de même en matière de recours d'*amparo*, selon l'article 45 de la loi précitée, qui prévoit que

Si le rapport n'est pas rendu dans le délai imparti, les faits seront considérés comme établis et l'*amparo* sera résolu sans autre procédure, à moins que le tribunal ne juge nécessaire de procéder à une enquête préliminaire[.]

Il résulte de ces exemples que, dans le contexte de certains types de contentieux, le juge constitutionnel n'a pas à respecter toutes les exigences procédurales pesant sur le juge ordinaire, car il doit statuer en urgence et dans des délais extrêmement brefs. Le discours de légitimation se réalise ainsi par la présence d'une procédure qui n'est pas extensivement réglementée. Cette réglementation moins contraignante ou allégée résulte du choix conscient d'éviter une procédure probatoire lourde qui risquerait d'aller à l'encontre du *procès équitable* tel qu'il est spécifiquement entendu dans le cadre des recours de protection des droits fondamentaux.

⁵¹ N. NISIMBLAT, « Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia », *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, n° 2, 2012, p. 323-368.

⁵² G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé, à paraître*.

CONCLUSION

La légitimation du procès constitutionnel par la preuve peut être réussie quelle que soit la finalité privilégiée par les acteurs constitutionnels. Si le dessein constitutionnel donne priorité à la finalité de la légitimité substantielle, il légitime les larges pouvoirs d'instruction du juge constitutionnel à travers le besoin de maximisation des preuves collectées. Si, au contraire, le dessein constitutionnel donne priorité à la finalité de la légitimité procédurale, il légitime la fonction du juge constitutionnel à travers le déroulement d'une procédure probatoire équitable. Le résultat du procès peut ainsi plus facilement recevoir l'approbation de la communauté et renforcer la confiance au fonctionnement de la justice constitutionnelle.

Néanmoins, il serait simpliste de penser que les acteurs constitutionnels opèrent un choix clair entre la légitimité substantielle et la légitimité procédurale sans chercher une sorte de compromis et de conciliation entre celles-ci. C'est pourquoi les deux discours légitimateurs proférés par les divers acteurs constitutionnels se combinent et se complètent. Les acteurs font simplement appel à la preuve, entendue *lato sensu*, parce qu'elle a la capacité de leur offrir une double piste de légitimation : ils peuvent respecter l'une par l'autre sans être obligés de trancher entre l'une et l'autre. Quelle que soit la manière dont la preuve est réglementée et pratiquée, les juges l'instrumentalisent afin de justifier leurs initiatives, actions et raisonnements de sorte que leur marge de manœuvre s'avère extrêmement discrétionnaire. Cela revient à se demander si le discours de légitimation pourrait être requalifié en un discours d'autolégitimation.

Il faudrait encore déterminer par rapport à qui la légitimation des juges constitutionnels doit être considérée : aux justiciables, aux parlements nationaux, à la Cour européenne des droits de l'homme, etc. À nouveau, les ramifications qu'impliquerait un traitement satisfaisant de la question sont nombreuses. La forme de pondération des modes de légitimation peut différer selon les juges – comme acteurs individuels –, selon les cours, selon les époques, selon les cultures, etc. L'effort que chaque système doit investir *hic et nunc* dans une démarche de légitimation dépend ainsi des spécificités culturelles liées au contexte et à l'environnement institutionnel. Ce sont ces spécificités qui font pencher la balance en faveur de l'un des modes de légitimation ou de l'autre ou, pour le moins, qui obligent à ajuster constamment le dosage de chacune des deux légitimités lorsque celles-ci se combinent.

Nefeli Lefkopoulou

Nefeli Lefkopoulou prépare actuellement une thèse sur la preuve en contentieux constitutionnel comparé à l'École de Droit de Sciences Po Paris sous la direction du Professeur Guillaume Tusseau. Elle occupe un poste d'ATER en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Elle a également enseigné au Collège Universitaire de Sciences Po Paris et Reims en tant que Maître de conférences de méthode (Droit Constitutionnel Comparé, Institutions Politiques, Comparative Judicial Politics) et en tant que Chargée de Travaux dirigés au sein des Universités Panthéon-Assas, Panthéon-Sorbonne et Paris Nanterre (Droit Administratif, Droit de l'Union européenne, Droit Constitutionnel).

L'évaluation de la preuve scientifique

1. INTRODUCTION

La rapide prolifération des technologies et l'avancement des connaissances scientifiques, de plus en plus utilisées dans les expertises judiciaires, ont vite conduit les juristes à se confronter au manque d'outils normatifs permettant d'établir des règles d'évaluation et d'appréciation de ces nouvelles technologies. À défaut de règles – qu'elles soient légales ou jurisprudentielles –, les juges européens ont interprété leur rôle de façon très différente : d'un côté, ils ont adopté une attitude de déférence face aux opinions des scientifiques ; de l'autre, ils ont essayé d'évaluer eux-mêmes la scientificité des théories.

En outre, l'évaluation de l'expertise dans le procès représente bien plus qu'un problème de réglementation procédurale, la raison de ce vide normatif étant la difficile mise en forme d'un problème philosophique au carrefour de l'épistémologie, de la philosophie du droit et de l'histoire de la pensée scientifique.

Comme on le verra par la suite, une fois établis la fonction et les pouvoirs du juge dans l'évaluation de la scientificité de la théorie revendiquée par un expert, le problème relatif à la notion de méthode scientifique s'impose.

Nous montrerons d'abord que le rôle du juge fait l'objet de deux interprétations opposées de la part des juges français et italiens, pour examiner, dans un second temps, la jurisprudence américaine. La définition que donne le célèbre arrêt *Daubert*¹ du juge comme « *gate keeper* », c'est-à-dire comme garant de la méthode scientifique, sera ensuite analysée. À cet égard, nous envisagerons la possibilité que ce modèle représente une troisième voie entre l'attitude du juge « autonome » et celle du juge « récepteur », tout en accomplissant une véritable coopération entre droit et science.

Étant donné l'importance considérable de ces enjeux, on comprend difficilement pourquoi la philosophie du droit n'a plus, depuis longtemps², étudié la preuve en général, et l'expertise en particulier.

¹ *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993).

² Voir A. GIULIANI, « Le rôle du “fait” dans la controverse (à propos du binôme “rhétorique-procédure judiciaire”) », *Archives de philosophie du droit*, 39, 1994, p. 233 : « Selon la théorie du droit contemporaine, le fait reste en dehors de l'herméneutique juridique ». Pour une approche herméneutique sur ce sujet, voir J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965 (traduit en italien par G. Carlizzi : *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fat-*

S'il est vrai que ce champ suppose des connaissances dans plusieurs domaines – l'épistémologie et l'histoire de la pensée notamment –, le noyau théorique de ces questions est d'abord juridique, de telle sorte que la théorie du droit peut participer à clarifier les termes du débat sur l'expertise.

2. DEUX MODÈLES DE JUGE : « APPRENTI SORCIER » ET « RÉCEPTEUR »

Les codes de procédure d'Europe continentale contiennent des normes qui visent à régler le processus de réception d'une expertise dans le procès³. Née pour compléter les connaissances du juge relatives aux faits judiciaires, l'expertise est marquée dès l'origine par la relation asymétrique qui préside à la commande : le juge sollicite un expert pour intervenir dans le procès, en lui demandant un service⁴. Dans les systèmes romano-canoniques, le juge est libre de déterminer l'usage qu'il fera des informations produites dans le respect des règles de procédure.

Cela explique le traitement réservé à l'expert par les juges continentaux. Si le maître du procès est toujours le juge, *peritus peritorum* en vertu du seul savoir qui détermine la prise de décision – c'est-à-dire son expertise juridique –, il pourra en toute légitimité moduler comme il le souhaite l'évaluation de l'expertise. Michele Taruffo parle à ce propos d'un « paradoxe de l'expertise⁵ » : lorsque le juge est déjà muni – en tant que *peritus peritorum* – des outils pour connaître les faits judiciaires, on ne comprend pas les raisons de son recours à l'expertise.

Il arrive ainsi de retrouver une interprétation littérale de cette expression parmi certains juges qui prennent au sérieux leur rôle de *periti peritorum*, soit en refusant

tuale e applicazione giuridica, Bologna, il Mulino, 2009). Au-delà des classiques en langue française (H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Rivière, 1964 ; H.-E.H. JAEGER, « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *Archives de philosophie du droit*, 11, 1966, p. 59-85. Ch. PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », in Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990), un certain nombre d'études de philosophie du droit a été publié ces dernières années dans ce domaine en Italie et en Espagne : M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992 ; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè, 1996 ; J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002 ; J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007 ; S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, Giuffrè, 2008 ; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Milano, Giuffrè, 2016. Aux États-Unis, les études de Susan Haack sont très célèbres, et très répandues parmi les philosophes du droit européens (voir *ex multis* S. HAACK, *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 2014).

³ Pour une comparaison entre systèmes procéduraux, voir les classiques : M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London, Yale University Press, 1986 ; D. SALAS, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, 1992. Pour une perspective historique, voir R.C. VAN CAENEGEM, « The History of European Civil Procedure », in M. CAPPELLETTI (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Tubingen, Mohr, 1972.

⁴ « Le second critère de délimitation de l'expertise repose sur l'existence d'une commande, au sens de la demande d'un service, d'une prestation (de faits si l'on ose dire). Retenir ce critère conduit à restreindre la qualité d'expert aux seules personnes désignées par un commanditaire ».

⁵ M. TARUFFO, « La prova scientifica nel processo civile », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 1109 sqq.

l'expertise sans le justifier, soit en produisant de façon autonome des jugements de nature scientifique. En ce dernier cas, Taruffo définit le juge comme un « apprenti sorcier⁶ », en soulignant sa volonté de se substituer à l'expert, sans pourtant maîtriser les connaissances scientifiques requises.

Cette attitude semble assez répandue en France⁷, où certains juges ont tendance à prendre des libertés face aux experts. On est donc parfois confronté à des décisions où les juges ont eux-mêmes recours aux éléments scientifiques produits dans le procès, écartant l'expertise et donnant ainsi leur propre interprétation de ces éléments. Cela est arrivé dans certains cas de faute médicale, pour lesquels, à partir des mêmes données scientifiques, le lien causal entre l'acte médical (la vaccination par exemple) et la maladie a été évalué différemment par les juges et les experts⁸.

Une autre hypothèse apparaît lorsque le juge considère que certaines connaissances scientifiques sont acquises au sens commun, au point d'être devenues un « fait notoire⁹ ». Il appartient alors aux juges de les apprécier en tant que fait. Ce dernier argument a notamment été très utilisé pour attester du pouvoir cancérogène de l'amiante, que les juges ont souvent considéré comme une notion de sens commun¹⁰. De plus, il faut bien souligner que le recours aux experts a longtemps été envisagé comme facultatif en Italie, à l'appui d'une interprétation littérale du Code de procédure pénale italien, qui donne au juge le « pouvoir » de demander une expertise¹¹.

⁶ Voir notamment M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 309. G. CARLIZZI (*La valutazione della prova scientifica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 51) désigne quant à lui cette approche comme celle du « juge apprenti ». En 2007, en Italie, la *Corte di Cassazione* a établi que pour le juge civil il n'existerait aucune limite à l'usage de connaissances personnelles de nature technique repérées de façon privée par le juge, la demande de service à l'expert n'étant pas obligatoire (Cassazione, Sez. III civile, 26 giugno 2007, n° 14759, publié dans *Il Foro Italiano*, vol. 131, n° 10, octobre 2008, p. 2961-2968). Dans ce cas, le lien causal entre intervention chirurgicale et raccourcissement d'un membre avait été établi par le juge en intégrant l'expertise médicale avec ses propres recherches.

⁷ E. VERGES et L. KHOURY, « Le traitement judiciaire de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile », *Les Cahiers du droit*, vol. 58, n° 3, septembre 2017, p. 517-548.

⁸ Lyon, 22 novembre 2007, n° 06/02450 *contra* Orléans, 31 oct. 2011, cité sous Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-20903 (Juris-Data n° 2013-010739).

⁹ Versailles, 2 décembre 2010, n° 07/07149 (Juris-Data n° 2010-023766). Une analyse de ce cas et des suivants, ainsi qu'une modélisation des attitudes du juge dans l'évaluation de la preuve scientifique, est contenue dans E. VERGES et L. KHOURY, « Le traitement judiciaire de la preuve scientifique », art. cité.

¹⁰ Dans ces termes Verges et Khoury (*ibid.*) définissent le « fait scientifique évident » comme « une situation qui est passée d'une connaissance scientifique spécialisée à une connaissance de sens commun ». Ainsi : Dijon, 9 oct. 2012, n° 11/01654 (Juris-Data n° 2012-030243) ; Rennes, 22 juin 2012, n° 10/04672 (Juris-Data n° 2012-018965). Dans ce dernier arrêt la Cour affirme « qu'en l'état des connaissances et le danger de l'amiante pour la santé de l'homme était parfaitement identifié et connu ».

¹¹ L'article 314 du Code de procédure pénale prévoyait : « *Qualora sia necessaria un'indagine che richieda particolari cognizioni di determinate scienze o arti, il giudice può disporre la perizia* ». Bien que le nouveau code de procédure ait changé de formulation (« *La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche* », art. 220), cette interprétation a été soutenue par la *Corte di Cassazione* jusqu'à la fin du XX^e siècle (Cass., 19 août 1998, n° 8200 : « voce Consulente tecnico »,

Inversement, on trouve de très nombreux cas dans lesquels les juges accordent une confiance totale aux experts. Plus encore, dans les domaines où les connaissances scientifiques sont moins intelligibles, les juges renoncent parfois à leur rôle de *periti peritorum*, en se bornant à exprimer une vague appréciation des résultats de l'expertise. Le juge ne fait ainsi que recevoir un savoir « clef en main¹² », en avouant une distance épistémologique infranchissable entre la logique judiciaire et la logique scientifique.

Il n'est donc pas étonnant de lire des commentaires dénonçant la dérive scientifique de l'expertise¹³ ou bien – et cela ne contredit pas la première affirmation – le retour à la logique de l'ordalie¹⁴. Étant donné que le résultat de l'expertise échappe à la compréhension du juge, le risque est que la résolution du procès soit complètement dépendante d'un élément extérieur, à l'instar de l'ordalie, qui détermine le jugement sans que le juge ne puisse avoir prise sur lui.

Cette attitude est fréquente dans les cas de preuves neuroscientifiques¹⁵, auxquelles fait référence la loi de la bioéthique (7 juillet 2011)¹⁶, la France étant pionnière en la matière. Permettant d'observer le cerveau lorsqu'un individu exécute une tâche, les neurosciences cognitives font l'objet d'un profond intérêt de la part du droit de l'expertise. Les techniques d'imagerie cérébrale (imagerie à résonance magnétique, tomographie à émission de positrons, électroencéphalographie, etc.) promettent en effet de détecter l'existence d'un trouble mental sur une base neuro-

Rep. Foro it., n° 10, 1998). Suite à un revirement jurisprudentiel, la Cour s'est désormais réservé le pouvoir de contrôler l'usage par le juge de ce pouvoir, en défaut duquel l'arrêt pourra encourir la violation du principe *iuxta alligata et probata*.

¹² L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, n° 44, 2000, p. 212.

¹³ A. SCALFATI, « La deriva scienista dell'accertamento penale », *Processo penale e giustizia*, n° 5, 2011, p. 144 *sqq.*

¹⁴ F. CAPRIOLI, « La scienza “cattiva maestra”. Le insidie della prova scientifica nel processo penale », *Cassazione penale*, 2008, p. 3524 : « il processo deciso da un responso peritale indecifrabile e insuscettibile di controllo da parte del giudice è un processo che assomiglia pericolosamente agli antichi riti ordalici ».

¹⁵ Sur la preuve neuroscientifique voir B. GARLAND (dir.), *Neuroscience and the Law*, Washington, Dana Press, 2004 ; M. FREEMAN (dir.), *Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2011 ; T.M. SPRINGER (dir.), *International Neurolaw. A Comparative Analysis*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012 ; G.M. GKOTSI, J. GASSER, « Critique de l'utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques : le cas de la responsabilité pénale », *Evol. Psychiatr.*, vol. 81, n° 2, 2016, p. 1-12. Une compréhension plus générale des enjeux philosophiques de l'utilisation des neurosciences pour le droit est contenue dans M.S. PARDO et D. PATTERSON, *Philosophical Foundations of Neuroscience and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

¹⁶ Pour un compte-rendu de la loi française, voir G.M. GKOTSI, J. GASSER et V. MOULIN, « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française », *L'Encéphale*, vol. 41, 2015, p. 385-393.

biologique, et ainsi de démontrer l'irresponsabilité pénale ou la responsabilité réduite¹⁷, de détecter le mensonge ou bien le souvenir¹⁸, de quantifier la douleur en regardant l'activation de certaines zones du cerveau¹⁹.

Cette promesse de sûreté dans des domaines incertains comme la psychiatrie a vite conquis les juges italiens qui détiennent une singulière primauté en Europe dans l'utilisation de l'expertise neuroscientifique²⁰.

Dans l'arrêt rendu par le juge du Tribunal de Como en 2011²¹, on peut lire que les techniques de *neuroimaging*, utilisées comme preuve pour attester de l'infirmité du défendeur, sont envisagées comme des procédures objectives et fiables, dans la mesure où elles sont basées sur des données évidentes. Et cela même si l'appréciation du juge pourrait paraître, au premier abord, active et critique : le juge nie l'exceptionnalisme neuroscientifique, en assurant qu'il ne s'agit pas d'une révolution dans le domaine du droit de la preuve. Il se contente cependant d'évaluer la méthode de présentation de l'expertise, et non la méthode utilisée pour établir le diagnostic ou obtenir le résultat, c'est-à-dire l'*autobiographical implicit association test*²².

Ces deux approches que sont l'autonomie normative des juges déguisés en scientifiques et la délégation totale et insouciance de juges « récepteurs » témoignent d'un lien étroit entre science et droit, voire – et cela peut surprendre – d'une démarche convergente.

Certes, en utilisant les catégories heuristiques de Sheila Jasanoff, nous ne pourrions appeler « séparatiste²³ » que la seule approche des juges récepteurs : l'utilisation passive de la science présuppose une séparation tranchée entre droit et science. Selon cette approche, la science est réputée être un champ neutre où les

¹⁷ F.E. VERHOVEN *e. a.*, « The Effects of MAOA Genotype, Childhood Trauma, and Sex on Trait and State-Dependent Aggression », *Brain and Behavior*, n° 2, 2012, p. 806-813.

¹⁸ D.L. SCHACTER et E.F. LOFTUS, « Memory and Law: What Can Cognitive Neuroscience Contribute? », *Nature Neuroscience*, vol. 16, 2013, p. 119-123.

¹⁹ A.C. PUSTILNIK, « Pain as Fact and Heuristic: How Pain Neuroimaging Illuminates Moral Dimensions of Law », *Cornell Law Review*, n° 4, 2012, p. 801-847.

²⁰ Alors que la France a été le premier État européen à inclure les neurosciences cognitives dans une loi, l'Italie a été le premier État à utiliser ces techniques dans un procès. Le premier cas d'utilisation d'expertise neuroscientifique date de 2009 : « Ass. App. Trieste, 18 septembre 2009, n° 5, Bayout », *Rivista penale*, 2010, p. 70 *sqq.*, avec le commentaire d'A. FORZA, « Le neuroscience entrano nel processo penale ». Sur l'expertise neuroscientifique en Italie, voir M. FARISCO et C. PETRINI, « On the Stand. Another Episode of Neuroscience and Law Discussion from Italy », *Neuroethics*, vol. 7, n° 2, p. 243-245 ; E. SIRGIOVANNI, G. CORBELLINI et C. CAPORALE, « A Recap on Italian Neurolaw: Epistemological and Ethical Issues », *Mind and Society*, vol. 16, n° 1-2, 2017, p. 17-35.

²¹ Tribunale di Como, dott.ssa Lo Gatto, 29 août 2011. L'arrêt est publié avec un commentaire de G. MESSINA, « I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità », *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, n° 1, 2012, p. 251-274.

²² Il s'agit d'un test présenté par ses réalisateurs comme capable de détecter les mémoires autobiographiques vrais : G. SARTORI *et al.*, 2008. « How to Accurately Detect Autobiographical Events », *Psychological Science*, vol. 19, n° 8, 2008, p. 772 *sqq.*

²³ S. JASANOFF, « Norms for Evaluating Regulatory Science », *Risk Analysis*, vol. 9, n° 3, 1989, p. 271 *sqq.* *Amplius ead.*, *Science at Bar. Law, Science and Technology in America*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1995, p. 219 *sqq.*

scientifiques, libres de tout conditionnement de nature normative, arriveraient à saisir la vérité²⁴. C'est l'idée de Sheila Jasanoff lorsqu'elle écrit :

Pour préserver l'intégrité de la science, il faut nécessairement ménager à celle-ci un espace déjuridicisé – un espace dans lequel la science peut être en accord avec elle-même, débarrassée du biais dû au procès et de la pression qui lui est inhérente pour aboutir à une conclusion²⁵.

Le procès ne sera donc pas l'endroit où il est possible d'évaluer la fiabilité d'une théorie scientifique, puisque la communauté des scientifiques est censée accomplir cette tâche de façon exclusive et autonome. Pour la théorie du droit, cela pourrait aboutir à une démarche naturaliste²⁶, visant à substituer la description rendue par les sciences naturelles à tout concept normatif. Le projet de réduction des sciences de l'esprit aux sciences naturelles est d'ailleurs très clair dans la littérature neuroscientifique, où se lit fréquemment la tentative de remettre en question des catégories juridiques traditionnelles interprétées au prisme de résultats donnés par les neuroscientifiques²⁷.

À l'inverse, l'autonomie des juges « apprentis sorciers » suppose une mise en valeur de la normativité du droit et, plus particulièrement, du procès. Les juges se reconnaissent eux-mêmes comme les titulaires exclusifs du pouvoir de décider non seulement de la *quaestio iuris*, mais aussi de la *quaestio facti*. Ce faisant, la science dont ils ont besoin est celle qui aide à trancher le jugement, étant donné que le but du procès est de rendre la justice et non pas de déclarer une vérité, quelle qu'elle soit.

En dépit de ces remarquables différences, les deux approches s'avèrent bien plus proches qu'on ne serait tenté de le croire. Elles présupposent la même incommunicabilité entre champ juridique et champ scientifique. En acceptant l'expertise sans

²⁴ Une telle approche « séparatiste », pourtant consciente de la complexité épistémologique de la science, est proposée par M. GIREL, « De l'usage des notions : à propos de la "Bonne science" (Sound Science) », *L'Archicube, Association des anciens élèves, élèves et amis de l'École normale supérieure*, 2015, p. 87-95.

²⁵ « *To preserve the integrity of science, one must carve out for it an essentially de-legalized space—a space in which science can be true to itself, free from the distorting influence of the adversarial process and its pressure for closure* » (S. JASANOFF, « Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings », *American Journal of Public Health*, vol. 95, n°1, 2005, p. 51).

²⁶ Sur le naturalisme en philosophie du droit, voir B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²⁷ J.D. GREENE et J. COHEN, « For the law, neuroscience changes nothing and everything », *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 359, 2004, p. 1175-1785 ; A.R. CASHMORE, « The Lucretian Swerve: The Biological Basis of Human Behavior and the Criminal Justice System », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 107, 2010, p. 4499-4504. Une exigence systématique de mise en question des catégories juridiques a été récemment conduite par P.A. ALCES, *The Moral Conflit of Law and Neuroscience*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018. Pour une critique de cette approche, voir M.S. PARDO et D. PATTERSON, *Minds, Brains and the Law. The Conceptual Foundation of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 35 ; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerrario*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 17 sqq. Une compréhension plus générale des enjeux philosophiques de l'utilisation des neurosciences pour le droit est contenue dans M.S. PARDO et D. PATTERSON, *Philosophical Foundations of Neuroscience and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

l'évaluer, ou bien en l'écartant, les juges ne font pas l'effort de comprendre la logique scientifique. En effet, ils considèrent qu'il n'est pas possible d'avoir accès à la rationalité scientifique et ainsi de l'évaluer. Néanmoins, il convient de remarquer que, au-delà de deux approches distinguant le droit de la science, ces dernières années témoignent de conflits internes à la communauté scientifique même, lorsqu'une même technique – comme la détection de la mémoire – n'est réputée fiable que par une partie des scientifiques.

Le problème pour le droit, comme Jasanoff l'a montré²⁸, est alors de gérer la science en termes de conditions d'incertitude.

3. UNE « ÉTRANGE HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE » : LE DROIT DE L'EXPERTISE AUX ÉTATS-UNIS

La conscience de cette conflictualité endémique de la science est notamment à l'origine de l'évolution normative qu'a connu aux États-Unis le droit de l'expertise, et destiné à produire des effets bien au-delà de ces frontières.

Comme l'a justement remarqué Mathias Girel, cette démarche ressemble « à une étrange histoire de la philosophie²⁹ », dans la mesure où elle prend en compte la mutation épistémologique menée par la philosophie des sciences à partir des années 1960.

Jusqu'aux années 1970, le standard d'évaluation de la preuve scientifique avait en effet été celui de l'acceptation générale. L'arrêt *Frey* de 1923 avait établi une identification de type positiviste³⁰ entre vérité scientifique et acceptation générale, sans se soucier de la méthode appliquée. Les juges évaluaient la nature scientifique d'une théorie en vérifiant le consensus à l'intérieur de la communauté scientifique :

Si les juridictions peuvent admettre des témoignages d'experts tirés de principes scientifiques ou de découvertes largement reconnus, il importe que l'élément à partir duquel cette déduction est faite soit suffisamment établi pour avoir recueilli l'acceptation générale dans le domaine auquel il appartient³¹.

Cette attitude engage une déférence totale envers la science, à l'instar des « juges récepteurs » que nous avons décrits plus haut. Or, au-delà du principe mobilisé – celui du séparatisme –, cette approche entraîne de nombreux problèmes relatifs à son application pratique. Comment déterminer si une théorie emporte l'acceptation générale des scientifiques ? Et comment différencier un charlatan d'un scientifique ?

²⁸ S. JASANOFF, « Norms for Evaluating Regulatory Science », art. cité.

²⁹ M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères. Regards sur le droit américain et sa philosophie des sciences implicite », *Sciences et Société : les normes en question*, p. 155-171, en part. p. 170.

³⁰ R.E. DE MUNAGORRI, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 1999, p. 621-632.

³¹ *Frye vs United States*. 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923). 54 App. D.C., p. 47, 293 F., p. 1014 (trad. fr. dans M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères. Regards sur le droit américain et sa philosophie des sciences implicite », art. cité).

L'incertitude suscitée par la règle *Frey* a donc conduit à la rédaction, en 1975, des *Federal Rules of Evidence*, et plus particulièrement de la Règle 702 qui prévoit des critères d'évaluation très larges :

Si un savoir scientifique, technique ou tout autre savoir spécialisé est susceptible d'aider le jury à comprendre un élément de preuve ou à établir un fait litigieux, un témoin qualifié d'expert en raison de son savoir, sa compétence, son expérience, sa pratique ou sa formation, peut témoigner à ce sujet sous la forme d'une opinion ou autrement³².

Avec cette réglementation, le principe d'admissibilité d'une expertise devient celui de l'utilité pour le jugement. Aucune référence n'est faite au fonctionnement de la science, tout est laissé à la libre interprétation des juges (suivant un principe très proche de celui des juges « apprentis sorciers »).

Il n'est donc pas étonnant que la critique menée par Peter Huber in *Galileo's Revenge* – selon laquelle les *Federal Rules of Evidence* auraient ouvert la route à la *junk-science*³³ – ait vite conduit à introduire des critères de démarcation plus spécifiques.

Ces critères ont été énoncés en 1993 par la Cour suprême des États-Unis³⁴, qui a ainsi accompli un véritable bouleversement. Le cas soumis au juge était un cas typique de responsabilité médicale : il s'agissait de déterminer l'existence ou non d'un lien causal entre l'administration d'un médicament anti-nausée pendant la grossesse et la phocomélie du nouveau-né. Les parents des victimes (dont le petit Daubert) avaient produit un certain nombre d'expertises, dans lesquelles les experts s'étaient appuyés sur une théorie tout à fait originale, tirée d'études *in vitro* résultant d'expérimentations animales et d'analyses toxicologiques. De leur côté, les experts de la Merrell Daw niaient le lien de causalité sur la base d'études publiées portant sur 130 000 cas.

Les juges de première instance et les juges d'appel avaient utilisé le standard *Frey* pour nier la scientificité de la théorie soutenue par les experts des victimes, ce qui a conduit ces dernières à introduire un recours auprès de la Cour suprême.

La Cour, qui ne résoudra pas la question, profite de ce litige pour clarifier un secteur qui demandait à être réformé. Elle affirme que l'acceptation générale invoquée par la Cour d'appel avait été écartée par les *Federal Rules of Evidences*, qui, cependant, ne donnaient pas de définition du « savoir scientifique ». Selon la Cour, le juge, qui doit revêtir le rôle de « *gate-keeper* » et donc de gardien de la méthode scientifique, est tenu d'exprimer l'évaluation de la scientificité d'une théorie ou d'une thèse en s'appuyant sur quatre critères.

Ces critères, qui se définissent comme des indices non exclusifs, c'est-à-dire concourant à la détermination de la fiabilité (« *reliability* ») de la théorie³⁵, sont : (1) la testabilité de la théorie, c'est-à-dire son aptitude à être soumise à une expérience scientifique qui puisse la confirmer ou la nier (la « réfutabilité » au sens

³² Nous citons la traduction française présente dans M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères. Regards sur le droit américain et sa philosophie des sciences implicite », art. cité.

³³ Ce livre (P.W. HUBER, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York, Basic Books, 1991) a été très lu et commenté par les juges américains.

³⁴ *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993).

³⁵ Sur la non-correspondance entre fiabilité et scientificité d'une théorie, voir S. HAACK, « Federal Philosophy of Science. A Deconstruction - And a Reconstruction », *NYU Journal of Law and Liberty*, vol. 5, n° 2, 2010, p. 394-435.

poppérien) ; (2) la publication au sein de revues scientifiques de la théorie suite à une procédure de révision entre pairs (*peer review*) ; (3) la connaissance du pourcentage d'erreurs des techniques scientifiques ; (4) de façon subsidiaire, l'acceptation générale de la communauté scientifique.

Le juge est ainsi chargé d'un rôle actif, et pourtant très éloigné de l'image d'« apprenti sorcier » dont nous avons parlé. L'évaluation de la scientificité fait bien partie de ses attributions, mais il n'est pas libre de choisir la théorie la plus convaincante : il doit juger en appliquant les critères spécifiques énoncés plus haut.

Nous serions tentés de voir l'arrêt *Daubert* comme la réalisation d'une véritable alliance entre droit et science : le juge partage avec les scientifiques une rationalité commune et, en vertu de cette rationalité, il est autorisé à juger de la scientificité d'une théorie. Il est ainsi enfin dégagé des rôles opposés d'« apprenti sorcier » ou de « récepteur » même si, pour les raisons que nous avons indiquées, il peut contrôler le jugement de la *quaestio facti* en pleine légitimité.

À cette fin, les juges américains reçoivent une formation scientifique grâce au *Reference Manual on Scientific Evidence* qui contient les principes généraux des disciplines scientifiques les plus fréquemment mobilisées dans le procès.

Toutefois, l'arrêt *Daubert* soulève un certain nombre de questions encore irrésolues : est-ce que vérifier la présence de quatre indices équivaut à maîtriser la méthode scientifique ? Ou encore : est-ce que la validité scientifique se réduit aux critères énoncés par *Daubert* ?

4. CRITIQUES DES CRITÈRES *DAUBERT*

Ces questions entraînent deux ordres de réflexions. D'un côté, il s'agit de mettre en question le rôle du juge, en évaluant ce qu'il *peut* faire en termes de capacité (maîtrise-t-il la méthode scientifique ?) et ce qu'il *doit* faire en appliquant un principe (quel est le modèle de juge et de jugement auxquels nous faisons référence ?).

On pourra donc apprécier le principe qui a inspiré l'arrêt *Daubert* en chargeant le juge de l'évaluation de fiabilité de la théorie présentée par les experts, on soumet chaque partie du jugement à sa responsabilité, puisque le juge est censé apprécier lui-même la scientificité de la théorie scientifique et en rendre raison dans la motivation.

Pourtant, il est tout à fait légitime de douter des capacités du juge à accomplir cette tâche « héroïque³⁶ ». Mathias Girel s'est demandé si les juristes seront prêts à confier la résolution d'une question juridique très difficile aux scientifiques³⁷. On peut d'ailleurs également lire ce scepticisme, à l'époque de *Daubert*, dans l'opinion

³⁶ M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères. Regards sur le droit américain et sa philosophie des sciences implicite », art. cité, p. 170.

³⁷ « Permettrait-on à un scientifique de trancher une affaire juridique complexe, impliquant une lourde jurisprudence, sur la base de quelques après-midis de formation juridique ? » (M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères. Regards sur le droit américain et sa philosophie des sciences implicite », art. cité, p. 165).

dissidente du juge Rehnquist, Président de la Cour suprême des États-Unis, qui se disait incapable de comprendre le concept de réfutabilité³⁸.

Par ailleurs, c'est la méthode scientifique telle qu'elle a été représentée dans l'arrêt *Daubert* qui soulève des critiques. Les références explicites à Popper et à son concept de réfutabilité ont fort étonné les philosophes des sciences³⁹. Avec l'idée de réfutabilité, Popper s'était en fait éloigné du positivisme viennois et de sa confiance en la possibilité de saisir une connaissance objective. Ce qui a été mal interprété par les juges de la Cour suprême est justement la fonction du concept de réfutabilité, qui permettait à Popper de faire la distinction, non pas entre la bonne et la mauvaise science, mais entre la science et la métaphysique. Selon Popper, une théorie qui n'est réfutable par aucun fait envisageable est dépourvue de caractère scientifique⁴⁰. C'est la possibilité qu'un fait puisse contredire la théorie qui en détermine la scientificité, la réfutabilité étant précisément cette possibilité qu'une corneille blanche – avec l'efficace expression de Popper – réfute la proposition « toutes les corneilles sont noires ». Le critère de la réfutabilité ne permet donc pas de discerner entre propositions scientifiques vraies et propositions scientifiques fausses, mais seulement d'écarter les propositions non scientifiques. Il est donc surprenant que l'on demande aux juges de considérer la réfutabilité d'une théorie au sens poppérien pour savoir si la théorie proposée est scientifiquement bonne ou mauvaise.

D'autres problèmes se posent pour les trois critères suivants. Il peut y avoir des théories scientifiques formulées à une époque où la publication soumise à l'évaluation par les pairs (*peer review*) n'était pas diffusée (deuxième critère). Le troisième critère, celui de la connaissance du pourcentage d'erreurs, ne spécifie pas le niveau de ce pourcentage. Et le quatrième critère ne fait que reproduire la formule *Frey*, qui a conduit plusieurs juges, malgré *Daubert*, à se cantonner à la vérification de l'acceptation générale (« *general acceptance* »).

De plus, la mauvaise interprétation de la méthode scientifique entraîne une question relative au rôle même du juge. Si la méthode scientifique « en quatre critères⁴¹ » n'est pas vraisemblable, comment répondre à la question relative aux compétences scientifiques requises par le juge ? Quelle méthode est censée suivre le juge ? Face à ces questions, on peut partager l'avis de Sheila Jasanoff, pour qui

³⁸ S. HAACK, « Trial and Error. The Supreme Court's Philosophy of Science », *American Journal of Public Health*, vol. 95, 2005, p. 67.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Ainsi, selon Popper : « Theories are, therefore, never empirically verifiable. If we wish to avoid the positivist's mistake of eliminating, by our criterion of demarcation, the theoretical systems of natural science, then we must choose a criterion which allows us to admit to the domain of empirical science even statements which cannot be verified. But I shall certainly admit a system as empirical or scientific only if it is capable of being tested by experience. These considerations suggest that not the verifiability but the falsifiability of a system is to be taken as a criterion of demarcation. In other words: I shall not require of a scientific system that it shall be capable of being singled out, once and for all, in a positive sense; but I shall require that its logical form shall be such that it can be singled out, by means of empirical tests, in a negative sense: it must be possible for an empirical scientific system to be refuted by experience » (K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, New York, Routledge, 2005 [1935], p. 18).

⁴¹ M. GIREL, « L'expert scientifique et les critères », art. cité, p. 163.

Daubert ne serait qu'une tentative manquée de poursuivre la « co-production⁴² ». En donnant une vision aussi schématique de la méthode scientifique, la Cour aurait autorisé les juges à créer leur propre science : « En exhortant les juges à s'en remettre à l'autorité scientifique, la Cour a donné aux juges de nouvelles ressources pour inscrire dans le droit l'idée préconçue qu'ils se font de la science⁴³ ».

5. UNE TROISIÈME VOIE : AU-DELÀ DE *DAUBERT*

Malgré les nombreux problèmes soulevés par l'arrêt *Daubert*, il faut bien reconnaître son extraordinaire autorité, qui dépasse les frontières américaines⁴⁴.

Cette autorité repose, à notre avis, sur la *Wirkungsgeschichte* de *Daubert*, c'est-à-dire sur l'histoire des effets qui ont surmonté les intentions de la Cour, y compris la mauvaise interprétation de Popper.

Comme Susan Haack l'a montré⁴⁵, les juges fédéraux ont eu une interprétation large de l'arrêt *Daubert*. D'un côté, en ayant mal compris le concept de réfutabilité, ils ont évité la dérive sceptique de la théorie poppérienne, suivant laquelle il est bien difficile de distinguer entre proposition scientifique vraie et proposition scientifique fausse. Pour les juges fédéraux, la notion de réfutabilité signifie non pas la possibilité abstraite qu'une théorie soit réfutée, mais qu'elle ait été effectivement testée, et que les tests se soient bien déroulés.

D'un autre côté, les juges ont plutôt valorisé la notion de « fiabilité », très différente de la validité scientifique. Les arrêts de la Cour suprême qui ont suivi *Daubert* vont d'ailleurs en ce sens : l'arrêt *Joiner*⁴⁶ (1997), qui a précisé que les experts doivent expliquer comment la méthodologie adoptée soit capable de combler le « fossé » entre la preuve et ses conclusions ; l'arrêt *Kumho Tire*⁴⁷ (1999), qui a élargi le contrôle de fiabilité à l'application concrète de la thèse scientifique.

Cette démarche est aussi visible dans la jurisprudence italienne qui a, de manière explicite, eu recours aux critères *Daubert*.

⁴² Sheila Jasanoff a indiqué avec le terme « co-production », emprunté à Bruno Latour, le procès par lequel les sociétés contemporaines forment leur compréhension épistémique et normative du monde. La conviction de Jasanoff est que le champ de production du savoir scientifique est cantonné par des normes et que les énoncés scientifiques, étant formés par des hommes, sont toujours exposés à l'erreur. Cette théorie a notamment été formulée dans S. JASANOFF, *States of Knowledge. The Co-production of Science and the Social Order*, Londres, New York, Routledge, 2004.

⁴³ « While urging judges to defer to scientific authority, the Court gave judges new resources for writing their preconceptions regarding science into the law » (S. JASANOFF, « Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings », *American Journal of Public Health*, vol. 95, n° 1, 2005, p. 50).

⁴⁴ *Daubert* a été désigné comme l'arrêt le plus influent aux États-Unis par David Michaels : D. MICHAELS, *Doubt is their product: How Industry's Assault on Science Threatens your Health*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁴⁵ S. HAACK, « Federal Philosophy of Science », art. cité, p. 394 *sqq.*

⁴⁶ *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

⁴⁷ *Kuhmo Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

L'arrêt *Cozzini*, rendu par la Cour de Cassation en 2010⁴⁸, a emprunté à *Daubert* le même principe : le juge, pour la Cour italienne, est « gardien et garant » de la connaissance des données factuelles exprimée dans le procès⁴⁹. Or, les finalités pour lesquelles l'arrêt *Cozzini* et l'arrêt *Daubert* ont été rendus sont bien différentes. La préoccupation de *Daubert* était justement d'éviter que des expertises très peu fiables, proposées par les experts, soient transmises au jury (chargé d'évaluer les faits dans le système procédural américain), alors que l'arrêt *Cozzini* vise à éviter que les juges pénaux tiennent pour vraies des données ne satisfaisant pas les standards normatifs d'évaluation de la preuve comme celui d'être « au-delà de tout doute raisonnable » (« *beyond any reasonable doubt* »)⁵⁰.

Comme l'on a vu pour *Daubert*, la difficulté interprétative demeure dans la double articulation du problème de l'évaluation de la preuve scientifique. Les principes relatifs au modèle du juge mobilisé – dans ce cas celui du « *gate keeper* » – entraînent la question inéludable de la définition de la méthode scientifique. À ce propos, la méthode telle que la conçoit la *Cassazione* se définit toujours à partir de la récurrence de certains critères.

Toutefois, les paramètres que le juge devra d'évaluer sont, d'un côté, liés aux qualités personnelles de l'expert : il doit être une personne reconnue de la communauté scientifique ; il doit être indépendant ; les buts de sa recherche ne doivent pas être commerciaux. D'un autre côté, le juge est appelé à évaluer la qualité objective de la recherche dans les termes suivants : son ampleur, sa rigueur, son objectivité, le degré de confirmation que les faits garantissent à la thèse, la discussion critique soulevée par l'énonciation de la thèse, son attitude à fournir un modèle explicatif consistant ; le consensus dont la thèse fait l'objet dans la communauté scientifique⁵¹.

Tout en n'épousant pas une philosophie des sciences déterminée, la Cour italienne détermine donc un ensemble d'éléments qui permettent de se faire une idée de la méthode à l'oeuvre, qui s'avère en réalité très éloignée de l'image de la science en « quatre critères » proposée par *Daubert*.

Ce modèle reconnaît la science comme le résultat d'une véritable entreprise, où la confrontation critique garde un rôle fondamental, d'où la pertinence de la discussion à l'issue de la présentation de la théorie et la prise en compte des différentes opinions à l'intérieur de la communauté scientifique.

⁴⁸ *Cozzini*, Corte di Cassazione, sez. IV, 17 septembre 2010, est. Blaiotta, CED Cass., 248943.

⁴⁹ « *Il giudice è custode e garante della conoscenza fattuale espressa dal processo* » (*Cozzini*, op. cit., p. 37).

⁵⁰ G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, op. cit., p. 116-117.

⁵¹ « *Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigerosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove* » (*Cozzini*, op. cit., p. 44).

Or, la finalité, différente de celle de *Daubert*, consiste à éviter que les juges pénaux tiennent pour vraies des données ne satisfaisant pas les standards normatifs d'évaluation de la preuve. Par conséquent, l'activité d'évaluation de ces critères est issue d'un jugement complexe qui ne se borne pas à la simple vérification de leur récurrence⁵². La fiabilité d'une théorie scientifique, dans l'intention de la *Corte di Cassazione*, implique une pondération des critères qui ne se réduit pas à un simple calcul. À défaut de ces deux critères – indépendance et approbation de toute la communauté scientifique –, le juge peut malgré tout trancher la question de la scientificité en prenant en compte d'autres critères comme le fait que l'expérience scientifique se soit bien déroulée et que les données scientifiques confirment la thèse formulée.

En outre, puisque l'arrêt vise à réglementer le régime de la preuve dans le procès pénal, il faudra toujours veiller à ce que le standard probatoire du « au-delà de tout doute raisonnable » (« *beyond any reasonable doubt* », BARD), emprunté par les juges italiens à la jurisprudence américaine, soit respecté.

Cela implique, par exemple, que, face à deux théories concurrentes et suffisamment fiables, il faudra choisir la théorie la plus favorable à l'accusé, en raison du *favor rei*.

L'arrêt *Cozzini* présente certes des questions ouvertes relatives surtout à sa dimension procédurale⁵³. Toutefois, il nous semble que le sens de la réinterprétation de *Daubert* par les juges italiens est à saluer. Le modèle du juge « gardien et garant » de la méthode scientifique se présente comme une possible troisième voie, où le juge est poussé, non pas à raisonner comme un scientifique – selon la critique formulée contre *Daubert* –, mais à évaluer la logique suivie par les scientifiques. Il ne s'interdit pas de formuler ses propres théories suivant le modèle du juge « apprenti sorcier », mais il doit apprécier la fiabilité d'une théorie tout en la soumettant à une évaluation de deuxième ordre, qui prend en compte les standards d'évaluation normatifs.

Il y a donc toujours un espace pour le raisonnement pratique du juge, auquel la preuve scientifique ne se soustrait pas. Cela signifie que la preuve scientifique, aussi fiable soit-elle, sera toujours une *preuve*⁵⁴ faisant l'objet d'une évaluation par le juge.

Alessia Farano

Alessia Farano est chercheuse contractuelle à l'Université Luiss Guido Carli de Rome. Elle est autrice de *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, Bari, Cacucci, 2018.

⁵² Voir en ce sens : G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, op. cit., p. 115 sqq.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ S. JASANOFF, « Just Evidence. The Limits of Science in the Legal Process », *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 34, n° 2, 2006, p. 329 sqq.

La preuve de l'élément intentionnel par la mise en garde

Éléments de philosophie de droit pénal talmudique*

Dans toute culture, l'administration de la preuve de l'infraction en dit long sur la philosophie du droit du système en question. Cela est particulièrement vrai en droit pénal talmudique¹. En effet, l'exigence qui pèse sur les modes de preuves est telle que le système pénal, même dans les meilleures conditions, est à peine en mesure d'appliquer les sanctions prévues par le texte biblique, vu la difficulté de réunir les preuves suffisantes pour établir le caractère intentionnel de l'infraction².

La présence d'un article sur ce thème dans une revue de droit et de philosophie ne va pas de soi ; c'est qu'il nous a semblé que l'examen de la technique juridique de la preuve était de nature à jeter plus de lumière sur la philosophie du droit talmudique qu'une approche par les questions classiques de la philosophie. L'examen des procédures du droit pénal talmudique nous conduira au cœur de la philosophie du droit talmudique.

Nous étudierons l'administration de la preuve en procédure pénale talmudique (*dine nefashot*), à savoir les règles qui prévoient des sanctions pénales (bastonnade et peine de mort). Ce système juridique exige la description des faits incriminés par deux témoins : « Par le témoignage de deux témoins ou de trois témoins que le mort [*i.e.* celui qui est condamné à mort] sera mis à mort ; il ne sera pas mis à mort sur la parole [bouche] d'un seul témoin » (*Deutéronome* 17:6). En outre, une *mise en garde* (*hatra'a*) doit précéder immédiatement l'infraction³ – le tribunal demandera aux témoins : « Avez-vous mis en garde l'accusé ? ». Une mise en garde doit être faite devant deux témoins⁴. Enfin, la mise en garde doit être *acceptée* : il faut que le futur contrevenant réponde « Je sais, et c'est pour cela que je le fais ». Autant dire

* Nous tenons à remercier pour leur lecture attentive Gabriel Benamouzig, Raphaël Ettedgui, Ephraïm Kahn et Ishti Hayyekara.

¹ Nous renvoyons pour le droit talmudique à F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015.

² Nous laissons de côté la question de savoir si cette preuve est réglementée ou bien libre et simplement difficile à réunir *de facto*.

³ L'essentiel des règles entourant la mise en garde est résumé dans M. MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

⁴ Rashi commente à propos de Genèse 43:3 qu'une mise en garde sans plus de précision (*stam*) est faite devant témoins. Rabbi Yosi (certains disent Rabbi Yosi bar Yehuda) soutient que la mise en garde doit être réalisée par les témoins eux-mêmes. Mais la loi suit l'avis des Sages, selon lesquels une mise en garde faite par d'autres est également valide, TB Makkot 6b.

que la plausibilité qu'une personne soit mise en garde et réponde ainsi devant témoins est quasiment nulle.

Les raisons de ces exigences ont fait l'objet de discussions savantes. Nous nous proposons pour notre part d'extraire de ces règles des éléments de philosophie du droit. Pour ce faire, nous diviserons notre étude en trois moments : (I) la nature de la mise en garde ; (II) les exemptions de la mise en garde ; (III) la philosophie du droit qui sous-tend cette mise en garde.

I. NATURE DE LA MISE EN GARDE

La mise en garde en bonne et due forme est une condition pour que le tribunal puisse appliquer une sanction (d'ordre biblique) à celui qui a commis une infraction (d'ordre biblique). La fonction de la mise en garde est un sujet de controverse. Une des deux fonctions principales est la preuve du caractère intentionnel de l'acte, de telle sorte aussi que la mise en garde ne sera pas nécessaire si l'on peut fournir cette preuve autrement. L'autre fonction serait de permettre la sanction – la mise en garde devrait être adressée également à celui dont on sait qu'il connaît la loi. Voilà pour les peines d'ordre biblique. Mais le tribunal dispose également d'une marge de manœuvre en ce qui concerne des peines d'ordre rabbinique, notamment lorsque les conditions ne sont pas remplies pour l'application d'une peine biblique. Il s'agit donc d'un système double et même triple. En effet, nous venons de voir que le tribunal dispose d'une double compétence, selon qu'il connaît d'infractions bibliques (réalisées avec mise en garde) ou d'infractions rabbiniques (parfois la même infraction, réalisée sans mise en garde). Mais outre le tribunal, l'autorité publique (le « Roi ») dispose également de la possibilité d'administrer des sanctions⁵. La mise en garde est donc une condition nécessaire uniquement pour l'administration de la sanction pénale *biblique*. Sans mise en garde, l'accusé ne sera pas passible d'une sanction d'ordre biblique, mais sera, le cas échéant, passible d'une sanction d'ordre rabbinique⁶.

Que contient la mise en garde ? Le rappel de la règle et de sa sanction. Il n'est donc pas suffisant de mettre en garde sur le fait que l'action qui est sur le point d'être accomplie est interdite. À vrai dire, il y a un débat sur la précision du rappel de la règle, mais une chose est certaine : si le rappel de la règle est inexact, la mise en garde n'est pas valide. Il faut ajouter le rappel de la sanction qui s'y attache. En outre, la mise en garde doit être acceptée (*qabbala*) par l'accusé, cette acceptation comportant l'expression de la conscience (« je le sais ») et la volonté du résultat (« c'est pour cela que je le fais⁷ »). Si la personne mise en garde se contente d'opiner

⁵ Voir MAÏMONIDE, *Hil. Rošeah* 2:4, *Hil. Sanhedrin* 18:5 (« tous ceux qui n'ont pas accepté la mise en garde reçoivent la bastonnade d'ordre rabbinique (*makkat mardut*) ») et A. ENKER, « Fondement du droit pénal hébraïque » (en hébreu), *Mishpatim*, n° 24, 1994, p. 177-206, en particulier p. 200.

⁶ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 18:5.

⁷ Certains décideurs modernes (*aḥaronim*) soutiennent que la clause finale n'est requise que pour les peines de mort. Ainsi, pour les infractions passibles de la bastonnade, il suffirait que l'accusé réponde : « je le sais ». Voir article « Mise en garde » de l'*Encyclopedia talmudit*, t. 11, col. 302. Certains auteurs parlent d'une volonté et d'une conscience du résultat formulées différemment : au lieu de « c'est pour cela que je le fais » (*'al menat ken ani 'ose*), la formule serait « malgré cela je le fais » (*af al pi ken ani 'ose*). Voir A. SHEMES, « Témoignage, admonestation

de la tête, en indiquant clairement qu'elle a compris et qu'elle mesure toutes les conséquences, ce n'est pas suffisant : il faut qu'elle reconnaisse verbalement qu'elle agit au mépris de l'interdit. Ainsi, si la source seule ou la sanction seule est mentionnée, le tribunal admettra que l'accusé n'a pas été mis en garde. Il faut aussi que la sanction soit exacte : si la mise en garde contient la mention d'un type de peine de mort (moins grave) que la peine prévue, l'accusé pourra dire : « Si j'avais su que la peine de mort était *celle-là* et non celle mentionnée erronément dans la mise en garde, je n'aurais pas commis cette infraction ! ». Que la chose ne soit pas très plausible n'importe guère ; le rappel de la sanction ne peut comporter d'erreur. Il arrive que, outre la mention de l'interdit et de la sanction, un troisième élément doive figurer dans la mise en garde. En effet, les actions qui sont interdites un jour particulier (par exemple le shabbat) peuvent avoir été commises par quelqu'un qui ignorait qu'on était ce jour-là. Ainsi, une mise en garde concernant une infraction sur le point d'être commise le shabbat doit comprendre le rappel de la règle, la sanction attachée à sa violation et le fait qu'aujourd'hui c'est shabbat. On s'en doute, autant il est possible d'invoquer une erreur ou une inadvertance avant la mise en garde, autant il n'est plus possible de s'en prévaloir après. Ainsi, celui qui a fait le vœu de jeûner un jour et se trouve sur le point de consommer quelque chose ne peut plus dire, après acceptation de la mise en garde, qu'il ignorait qu'aujourd'hui était le jour où il était censé jeûner. Ou encore, si quelqu'un est sur le point de se livrer à une union sexuelle avec une femme mariée et qu'il est mis en garde – et qu'il accepte cette mise en garde –, il ne peut plus, ensuite, prétendre qu'il pensait qu'elle était divorcée. Ces types de défense, basés sur l'erreur ou l'ignorance du droit ou des faits, sont recevables uniquement avant une mise en garde. On peut même affirmer qu'une des fonctions de la mise en garde est de les rendre irrecevables. Voici le résumé de Maïmonide :

Comment met-on en garde ? On lui dit : « Cesse ou ne fais pas cela, car c'est une faute et tu es passible de la peine de mort ou de la bastonnade ». S'il a cessé, il est exempté. De même, s'il se tait ou qu'il opine de la tête, il est exempté. Et même s'il dit : « Je sais », il est exempté. Il n'est passible que s'il s'autorise à la mort en disant « C'est pour cela que je le fais », après quoi il est mis à mort. Et il faut qu'il commette la faute toute de suite après la mise en garde, dans la foulée (*tokh kede dibbur*). Mais si ce n'est pas dans la foulée, il lui faut une autre mise en garde. Qu'il ait été mis en garde par l'un des témoins ou par un tiers devant témoins, même une femme ou un esclave, même par la voix d'une personne qu'il n'a pas vue, et même s'il s'est lui-même mis en garde, il est mis à mort⁸.

Ce passage nous enseigne que la mise en garde doit être prononcée juste avant l'infraction. L'expression *tokh kede dibbur* signifie « le temps de parler », que l'on pourrait formuler ainsi : pour être punissable, l'infraction doit être commise *dans la foulée* de la mise en garde. En effet, une mise en garde trop éloignée dans le temps peut être oubliée⁹. La mise en garde doit précéder l'infraction et non l'événement qui conditionne l'infraction. Prenons le cas de celui qui aurait fait le serment de ne

et mise en garde : étude comparative entre le droit de la secte du désert de Judée et le droit talmudique » (en hébreu), *Tarbiz*, 1997, p. 161 [<https://www.jstor.org/stable/23599954>].

⁸ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

⁹ Nous envisagerons plus bas le cas où la mise en garde peut être réalisée plus tôt, pas forcément juste avant le moment de l'infraction.

pas manger de pomme s'il mange une poire. Admettons qu'il commence par manger une pomme et qu'ensuite il s'apprête à manger une poire. Une mise en garde précédant la consommation de la poire (la condition) n'est pas valide pour lui appliquer la peine liée au fait qu'il a mangé les deux fruits¹⁰. Cela rend encore plus difficile de réaliser une mise en garde qui rende applicables les sanctions.

II. LES EXEMPTIONS DE LA MISE EN GARDE

La mise en garde est un type de preuve : la preuve que l'accusé a sciemment, volontairement, intentionnellement, délibérément commis une infraction. Le fait que cette preuve doive être apportée en droit pénal suppose que le principe « Nul n'est censé ignorer la loi » n'y est pas d'application – contrairement au droit talmudique civil, où l'on présume que chacun connaît la loi et où le plus souvent la preuve de l'ignorance de la loi n'est pas une justification acceptable. On ne suppose pas pour le droit pénal talmudique que chacun connaît la loi. Au contraire, on présume l'ignorance, de sorte que la mise en garde est nécessaire, pour pouvoir démontrer le caractère intentionnel de l'infraction et appliquer la sanction qui lui correspond. Toutefois, cette obligation connaît une série d'exemptions que nous allons mentionner et expliquer. Parmi les exemptions figurent l'érudit (*haver*), le sage contestataire (*zaqen mamre*), l'incitateur (*mesit*), le hâisseur (*sone*), le poursuiveur (*rodef*), le cambrioleur (*ha-ba ba-maḥteret*), le faux témoin (*'ed zomem*), le fils rebelle (*ben sorer umore*) et le Noahide (*ben noah*). Nous dirons de ceux-ci qu'ils ne requièrent pas de mise en garde pour recevoir une sanction d'ordre biblique ou plus brièvement : ils ne requièrent pas de mise en garde.

A. L'érudit

Selon un principe, la mise en garde a pour fonction de *prouver* le caractère intentionnel de l'infraction ; dès lors, du moins selon l'avis de Rabbi Yosi bar Yehuda, si l'on peut prouver autrement le caractère intentionnel, la mise en garde devient inutile. Ainsi, l'érudit n'est pas censé ignorer la loi. Il ne peut échapper à la sanction sous le prétexte de son ignorance. Toutefois, il requiert tout de même une mise en garde, non à propos du droit, mais à propos du fait. Par exemple, un érudit peut très bien savoir qu'une action particulière est interdite durant le shabbat sans pour autant savoir qu'aujourd'hui, c'est shabbat ; il peut savoir qu'un animal est interdit à la consommation sans savoir qu'il s'agit ici d'un tel animal. Il peut encore savoir qu'il est interdit d'avoir une relation avec une femme fiancée ou mariée, sans savoir que telle femme est fiancée ou mariée. L'érudition – y compris la connaissance du droit – rend inutile la mise en garde dans la mesure où l'érudition et la mise en garde remplissent la même fonction. Contre Rabbi Yosi bar Yehuda, les Sages considèrent qu'il est indispensable de mettre en garde l'érudit comme l'ignorant¹¹. Une raison non rapportée dans la littérature talmudique pourrait être l'égalité devant la loi, valeur que résume la notion de *rule of law* : chacun doit recevoir le même traitement, l'ignorant comme l'érudit.

¹⁰ « Mise en garde », in *Encyclopedia Talmudit*, col. 309.

¹¹ TB Sanhedrin 8b, MAÏMONIDE, *Hil. Rošeaḥ* 2:4. Ailleurs, Maïmonide suit l'avis des Sages, contre Rabbi Yosi, tout en mentionnant la justification de ce dernier, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

B. Le sage contestataire

Le sage contestataire (*zaqen mamre*) est celui qui poursuit un enseignement *contra legem* (en l'occurrence qui contredit l'interprétation – authentique¹² – imposée par le tribunal dépositaire de la Tora orale) et qui, malgré les multiples préventions, persiste dans son enseignement. Il acquiert ce statut dès lors que cet enseignement donne lieu à une action (de sa part ou de la part de ses disciples). Ce n'est pas simplement un érudit qui commet une infraction, c'est un érudit qui enseigne et met en application cet enseignement (ou conduit autrui à le mettre en application). Sa sanction n'est pas simplement associée à l'infraction découlant de l'action enseignée ; sa sanction porte sur son enseignement *illégal* et suivi d'effet – nous sommes passés d'un enseignement *contra legem* à un enseignement *illégal*. Le sage contestataire est convoqué plusieurs fois par les tribunaux successifs et ce n'est qu'ensuite, une fois qu'il est admonesté, qu'il ne requiert plus de mise en garde eu égard à son enseignement *illégal*¹³. Voici l'exposé de Maïmonide :

[Le *zaqen mamre* qui] a enseigné à agir ou a agi selon son enseignement est passible de la peine de mort et ne requiert pas de mise en garde. Même s'il a donné une raison à ses propos, on ne l'écoute pas. Plutôt, dès lors que des témoins ont constaté qu'il a agi selon son enseignement ou qu'il a enseigné à d'autres à agir de la sorte, on le condamne à mort dans le tribunal (*bet din*) de sa ville. On le saisit et on le conduit de là à Jérusalem. On ne le met pas à mort dans le tribunal (*bet din*) de sa ville ni dans le grand tribunal (*bet din ha-gadol*) qui serait hors de Jérusalem, mais on le conduit au grand tribunal (*bet din ha-gadol*) de Jérusalem. On le détient jusqu'à la fête et on le met à mort par strangulation lors de la fête, car il est dit « Et tout Israël entendra et verra », d'où le principe qu'il faut une annonce (*hakhraza*) [il faut annoncer : « Untel a été puni pour avoir commis tel interdit »]¹⁴.

C. L'incitateur

Celui qui incite (*mesit*) un autre à se livrer à l'idolâtrie a un statut particulier pour deux raisons. Premièrement, les témoins peuvent se cacher pour entendre l'incitation (ou sa répétition), alors que normalement les témoins ne peuvent se cacher, surtout s'ils mettent en garde. Deuxièmement, l'incitateur est tout bonnement exempté de mise en garde, en raison de l'interprétation d'un mot du verset (« secrètement¹⁵ »). En revanche, celui qui est incité (*musat*) requiert, selon la plupart des avis, une mise en garde pour être sanctionné. Les témoins sont cachés pour pouvoir assister à la scène, mais sont nécessaires pour établir les faits incriminés.

¹² L'interprétation authentique est celle qui est donnée par le législateur ou par les auteurs d'un traité (qui sont partie au traité).

¹³ TB *Sanhedrin* 88b.

¹⁴ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

¹⁵ « Si ton frère, le fils de ta mère, ou ton fils ou ta fille, ou ton épouse qui est en ton sein, ou ton ami qui est comme ta vie t'incite secrètement en disant : « Allons servir les dieux des autres » que tu n'as pas connus, toi ou tes ancêtres » (*Deutéronome*, 13:7).

D. Le hâisseur

Nous savons que d'une manière générale, si une personne en tue une autre sans avoir été mise en garde contre l'interdiction de l'homicide, on ne peut pas lui appliquer la peine de mort d'ordre biblique. Toutefois, selon Rabbi Yosi, s'il est notoire que l'accusé haïssait le défunt et si l'on sait (par témoignage) que le crime a eu lieu, la haine notoire permet de présumer le caractère *délibéré* du crime : le mobile (la haine) est érigé en intention¹⁶. Rappelons que selon Rabbi Yosi, la mise en garde n'a comme fonction que de distinguer l'acte volontaire de l'acte involontaire. Rabbi Shim'on répond qu'il est encore possible que l'acte soit involontaire : il y aurait donc des hâisseurs dont la haine prouve le caractère délibéré du crime et d'autres dont le crime est involontaire. Ainsi, celui qui, devant témoins mais sans mise en garde, tue quelqu'un qu'il hait notoirement est passible, le cas échéant, de la peine de mort d'ordre biblique¹⁷.

Ajoutons que selon plus d'un décisionnaire médiéval, le hâisseur en question serait un érudit. Cette lecture résout la difficile question de la preuve de ce que le hâisseur connaissait la loi. Les Sages, contre Rabbi Yosi, considèrent que la présomption de connaissance de la loi ne suffit pas et, si le hâisseur tombe dans la catégorie de l'érudit, les Sages exigeront que soit faite une mise en garde.

Les deux cas suivants présentent des points communs avec le hâisseur, au sens où c'est leur comportement plutôt que leur érudition qui constitue un indice suffisant pour ne pas exiger une mise en garde. Cependant, dans les deux cas suivants, il ne s'agit pas d'une mise à mort prononcée par voie judiciaire, mais de l'usage de la force sur des agents adoptant un comportement particulièrement dangereux ou inapproprié.

E. Le poursuiveur

Si quelqu'un poursuit (*rodef*) autrui pour le tuer, si un homme poursuit une femme fiancée pour la violer ou si un homme poursuit un autre homme pour le violer, celui qui est poursuivi, tout comme celui qui assisterait à la scène, doit neutraliser le poursuiveur, voire, s'il n'est pas possible de l'arrêter autrement, le tuer. Une telle intervention ne requiert pas de mise en garde¹⁸. Tel est l'avis de Rav Huna – peut-être veut-il dire que la mise en garde ne doit pas être complétée par une acceptation (*qabbala*). Cet avis suppose que la mise en garde a une fonction *judiciaire* (elle permet l'application de certaines peines) alors que le cas du poursuiveur est extra-judiciaire, une manière de se faire justice (ou du moins police) soi-même. Une mise en garde serait toutefois utile si l'on n'est pas en mesure d'intervenir, pour s'assurer que le poursuiveur soit passible de la peine, une fois l'affaire portée devant le tribunal. Celui qui poursuit peut être tué au moment des faits (sans mise en garde) *parce que* l'infraction qu'il est sur le point de commettre est passible de la peine de mort (s'il y a mise en garde). Précisons : le fait que l'infraction soit passible de la peine de mort est une *condition nécessaire* mais *non suffisante* pour pouvoir le tuer au moment des faits. En effet, la Mishna prévoit que si quelqu'un se livre à d'autres infractions, comme la profanation du shabbat, on peut le mettre en garde et témoigner ensuite contre lui mais en aucun cas intervenir par la force.

¹⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016., p. 177, § 187-188.

¹⁷ TB Makkot 9b.

¹⁸ Un avis contraire est formulé dans une barayta, mais n'est pas retenu (TB Sanhedrin 72b).

Par ailleurs, si l'infraction était passible d'une peine moindre que la peine de mort, il ne serait dès lors pas autorisé de le tuer.

L'intervention par la force, le cas échéant au prix de la vie du poursuiveur, est d'application même si le *rodef* qui poursuit pour tuer est un mineur, qui n'est donc pas censé mesurer l'importance de toutes ses actions. À cette indifférenciation entre l'adulte et le mineur, Rav H̥isda émet une objection. Afin de saisir la portée de cette objection, il est nécessaire de préciser que dans le cas où le fœtus met en danger la vie de la mère il est autorisé de le supprimer pour la sauver : le fœtus est perçu, à la faveur d'une fiction juridique, comme un *rodef*. Or, Rav H̥isda rétorque que lorsque l'enfant qui naît a sorti sa tête du ventre de sa mère, on ne peut plus le sacrifier pour sauver la mère : autrement dit, celui qui tue l'enfant qui a déjà sorti sa tête ne devrait, en toute logique, pas être passible d'une peine biblique sans mise en garde. La chose est étrange, puisque nous avons vu que la règle du *rodef* s'applique tant au mineur qu'au majeur. Qu'est-ce qui interdirait dès lors de supprimer un enfant qui est en train de naître si celui-ci met en danger la vie de sa mère ? En quoi le fait qu'il ait déjà sorti la tête change-t-il quoi que ce soit ? La Gemara précise que, ici, ce n'est pas un cas de *rodef* classique, mais un *rodef* par le ciel, c'est-à-dire que c'est la nature des choses¹⁹. Dès lors, on considère que l'enfant naissant n'est plus le porteur du danger et que, à ce titre, il est interdit de lui faire un sort, fût-ce pour sauver sa mère.

F. Le cambrioleur

Lorsqu'un cambrioleur a creusé tout un tunnel pour accéder à une propriété et qu'il tombe nez à nez avec le propriétaire, la question se pose de savoir si l'on peut faire usage de la force, fût-ce au prix de la vie du cambrioleur : « Si le voleur est découvert en train de creuser, qu'il ait été frappé et meure, il n'y a pas d'effusion de sang à ce sujet » (*Exode* 22:1). À première vue, le simple fait pour un cambrioleur de faire irruption chez quelqu'un, fût-ce par effraction, ne permet pas de déduire qu'il va tuer le propriétaire. Après tout, de nombreux cambrioleurs, volant sans vergogne des objets, auraient des scrupules à lever la main sur un humain. En réalité, ce qui autorise le propriétaire à tuer ce type de cambrioleur est que, ce dernier ayant fourni tant d'efforts pour creuser le tunnel, on peut supposer qu'il est particulièrement *déterminé* et qu'il tuerait quiconque se mettrait sur son passage. Par ailleurs, on suppose également que le propriétaire n'abandonnera pas facilement son argent. C'est uniquement dans cette mesure qu'il est autorisé de tuer le cambrioleur sans mise en garde : « le fait d'avoir creusé un tunnel est sa mise en garde » (TB Sanhedrin 72b). En revanche, celui qui se serait introduit par la porte d'entrée ou encore par le toit ne peut être tué. Tout au plus peut-on le mettre en garde, le « sommer » de partir, en lui disant que s'il ne part pas, on n'hésitera pas à faire usage de la force. Le cambrioleur ayant creusé un tunnel peut être rapproché de celui qui déteste, si ce n'est que le premier peut être tué avant le crime (le meurtre du propriétaire), tandis que celui qui déteste est *jugé* sans qu'il soit besoin de mise en garde.

G. Les faux témoins

Il existe deux types de faux témoins. Un témoignage est constitué de ce qu'on pourrait appeler une préface et un contenu. La préface précise le lieu et le moment

¹⁹ MAÏMONIDE, *Hil. Rošeah* 1:9.

des faits. Le contenu contient les faits relatés (par exemple *A* a tué *B*). Si un autre groupe de témoins affirme que *A* ou *B* était ce jour-là ailleurs, cela contredit le premier témoignage. Mais si un groupe de témoins affirme que les témoins eux-mêmes étaient ce jour-là ailleurs, le témoignage n'est pas simplement *contredit*, mais qualifié de *hazama* : celle-ci est le fait pour un témoin d'avoir menti (ou de s'être trompé) sur le lieu et le moment des faits. Un traitement particulier est réservé au faux témoin de ce genre, puisque le verset dit à son propos : « Vous lui ferez comme il a essayé (*zamam*) de faire à son frère » (*Deutéronome* 19:19). Ainsi, si le témoignage de ce genre de faux témoins, appelés '*edim zomemin*', portait sur un meurtre, ils sont passibles de la peine de mort.

La question se pose de savoir pourquoi ces faux témoins ne requièrent pas de mise en garde²⁰. Deux réponses sont apportées²¹ par les Amoraïm Abaye et Rava. Selon une première réponse proposée par Abaye, la raison pour laquelle ces témoins sont exemptés est qu'il est requis qu'il leur soit fait comme ils ont essayé de faire faire. Or, dans notre cas, ils ont témoigné mensongèrement à propos d'un meurtre. Pour que leur témoignage soit susceptible de mener à une condamnation à mort de *A* (accusé d'avoir tué *B*), il est nécessaire qu'il ait inclus le récit des événements (*A* a tué *B*), mais il doit en outre avoir rapporté que *A* a été mis en garde. On peut en déduire que les '*edim zomemin*' ont témoigné qu'une mise en garde a précédé le meurtre. Mais comme ils n'étaient pas sur les lieux du crime le jour en question, ce qu'ils ont essayé de faire avec ce faux témoignage, c'est précisément faire condamner *A* sans mise en garde. Ils prétendent (*de dicto*) qu'il y a eu mise en garde, mais de fait (*de re*) ils n'ont pas été témoins de la moindre mise en garde puisqu'ils étaient ailleurs²². Leur mise à mort (ou autre sanction) sera donc appliquée sans mise en garde. Selon certains décisionnaires médiévaux, la raison pour laquelle ces témoins sont exemptés tient au fait qu'il n'y a pas d'action dans le faux témoignage et dès lors la catégorie de l'acte non intentionnel (*shegaga*) ne s'y applique pas. On se souvient que l'une des fonctions de la mise en garde est de distinguer l'acte intentionnel (*mezid*) de l'acte non intentionnel (*shegaga*). Puisque ce dernier est impossible, les témoins *zomemin* sont exemptés de mise en garde. Ainsi, Maïmonide écrit :

Les témoins *zomemin* ne sont pas considérés comme agissant de manière non intentionnelle (*shegaga*), car il ne s'agit pas d'un comportement (*ma'ase*). C'est pourquoi ils n'ont pas besoin de mise en garde [cela provient d'une interprétation de *Nombres* 15:19, où le verbe « faire » est compris comme signifiant que seule une action tangible – par opposition à un témoignage – sera dite non intentionnelle]²³.

La seconde explication de l'exemption de mise en garde, énoncée par Rava, est fondée sur une considération plus pratique. En effet, la question se pose de savoir à quel moment la mise en garde pourrait être réalisée. On sait qu'une mise en garde doit être adressée juste avant l'infraction. Or, si juste avant de témoigner, chaque témoin était mis en garde et informé des risques qu'il court, cela pourrait

²⁰ MAÏMONIDE, *Hil. 'Edut* 18:4, 20:4. Précisons que le Talmud de Jérusalem rapporte un avis selon lequel les témoins *zomemin* ont besoin de mise en garde (TJ Ketubbot 4:5).

²¹ TB Makkot 4b, TB Ketubbot 32a.

²² La distinction entre la lecture *de re* et *de dicto* est présentée dans S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 92-95.

²³ MAÏMONIDE, *Hil. 'Edut* 20:4

le dissuader de témoigner. Si la mise en garde est faite *bien à l'avance*, cela ne dissuaderait pas les témoins, mais l'exigence d'imminence de la mise en garde ne serait pas respectée et les témoins pourraient dire avoir l'oubliée. Si, enfin, la mise en garde avait lieu *après* le témoignage, ce serait trop tard, le témoignage (donc, potentiellement, le faux témoignage) ayant déjà eu lieu.

Ces deux explications visent à justifier le fait que ce type particulier de faux témoin soit exempté de mise en garde.

H. Le fils rebelle

Le Pentateuque prévoit une sanction capitale pour le fils rebelle (*ben sorer umore*) :

Si un homme a un fils dévoyé et rebelle qui n'écoute pas la voix de son père et la voix de sa mère, et qu'ils le corrigent mais qu'il ne les écoute pas, son père et sa mère se saisiront de lui et le feront sortir vers les anciens de sa ville et vers la porte de son lieu. Ils diront aux anciens de sa ville : « Notre fils que voici est dévoyé et rebelle ; il n'écoute pas notre voix ; il est glouton et buveur ». Tous les hommes de sa ville le lapideront avec des pierres et il mourra ; et tu élimineras le mal de ton sein et tout Israël entendront et craindront (*Deutéronome 21:18-21*).

Cependant, les conditions d'une telle condamnation sont quasiment impossibles à réunir, puisque la Gemara, commentant ce passage, exige notamment qu'il ait entre treize ans et treize ans et trois mois, que les deux parents aient la même taille et la même voix²⁴. Il reçoit des mises en garde successives notamment devant le tribunal (de trois juges), mais pas de mise en garde précédant immédiatement une quelconque infraction qui rendrait sa rébellion passible de la peine de mort. C'est plutôt la somme des infractions qui, couplées à la mise en garde solennelle devant le tribunal, conduit le fils rebelle à être passible de la peine de mort. Certains décisionnaires médiévaux soutiennent toutefois que le fils rebelle requiert une mise en garde.

I. Les Noahides

Le droit talmudique ne prétend pas seulement régir les personnes juives. Il contient en outre une série de règles incombant à l'ensemble de l'humanité, laquelle est décrite comme descendant de Noé²⁵. Suivant une des listes les plus connues, les Noahides sont tenus d'établir des tribunaux, ont l'interdiction de blasphémer le nom divin, de se livrer à l'idolâtrie, à certaines unions sexuelles, à l'homicide, au vol et à la consommation de chair prélevée sur un animal vivant²⁶. Ils ne requièrent pas de mise en garde²⁷ – ce qui fait que le droit qui les régit est à la fois moins contraignant (il n'existe que quelques règles) et plus strict (puisque la mise en garde n'est pas requise et qu'ils ne peuvent invoquer l'erreur de droit). Maïmonide le

²⁴ TB Sanhedrin 71a, MAÏMONIDE, *Hil. Mamrim* 7:6.

²⁵ S. GOLTZBERG, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, vol. 279, n° 2, 2018, p. 231-244 ; L. VANA, « Les lois noahides. Une mini-Torah pré-sinaïtique pour l'humanité et pour Israël », *Pardès*, n° 52, 2013, p. 219-234.

²⁶ TB Sanhedrin 56a.

²⁷ TB Sanhedrin 57b.

formule ainsi : « Et un Noaḥide est mis à mort grâce à un témoin, un juge et sans mise en garde²⁸ ».

Cette liste des cas exemptés de mise en garde n'est pas exhaustive. Par exemple, certains pensent que le blasphémateur (le terme *megadef* apparaît dans *Nombres* 15:30) requiert une mise en garde, mais d'autres répondent que le fait qu'il ne contient pas d'action tangible l'en exempte. Nous avons vu ce raisonnement pour le faux témoin. En revanche, tout le monde s'accorde sur le fait que celui qui maudit son frère ou le dirigeant (*nasi*) requiert une mise en garde – ce qui ne va pas de soi, puisque cette infraction ne contient pas plus d'action tangible que celle du blasphémateur. Celui qui rançonne ou qui livre des personnes à des tiers (le *masur* ou encore le *moser*), il faut *a priori* le mettre en garde pour qu'il ne commette pas cette infraction, mais si l'on ne parvient pas à le mettre en garde, on peut le tuer sans cette procédure²⁹. Enfin, certains types de récidivistes (d'infractions passibles de la peine de retranchement) ne requièrent pas, d'après les Sages, de mise en garde.

D'une manière générale, la règle est donc qu'il faut mettre en garde ceux qui sont sur le point de commettre une infraction passible de la peine de mort ou de la bastonnade d'ordre biblique. Les cas qui sont exemptés ont pour la plupart en commun de rendre cette mise en garde inutile en raison de la connaissance de la loi (l'érudit, le sage contestataire, le Noaḥide, voire le hâisseur) ou très difficile (le poursuiveur, le cambrioleur, l'incitateur). Selon les avis, les faux témoins relèvent de l'une ou de l'autre catégorie. L'enfant rebelle, le poursuiveur et le cambrioleur sont jugés selon leur fin, c'est-à-dire selon les actions dont on suppose qu'ils les poseraient dans le futur proche (dans le cas du poursuiveur et du cambrioleur) ou lointain (dans le cas de l'enfant rebelle).

III. LA PHILOSOPHIE DU DROIT QUI SOUS-TEND CETTE MISE EN GARDE

Le moment est venu de tirer de ces descriptions des éléments de philosophie du droit. En l'occurrence, nous proposons de dégager de la notion de mise en garde – si difficile à réaliser – des indications concernant la philosophie du droit pénal talmudique. Cette procédure pénale permet de répondre à une question bien connue de la philosophie du droit, à savoir le caractère positif ou naturel des règles de droit. Autrement dit, la question se pose de savoir dans chaque culture juridique et à propos des différentes règles de droit, si l'inspiration, la conception, est positiviste ou naturaliste. Selon une version de la théorie du droit naturel, on devrait être en mesure d'identifier le caractère répréhensible de certaines actions par l'observation du monde. Il y aurait, pour les naturalistes, quelque chose de mauvais en soi *indépendamment* du fait qu'un système juridique l'interdise. Celui-ci interdit un comportement *parce qu'il* a constaté son caractère nuisible. En revanche, selon une approche positiviste, le fait qu'une action soit interdite par un droit ne peut se déduire de l'observation du monde. L'interdit peut fort bien être motivé par des considérations politiques, sociales, éthiques, des motifs de justice ; il reste que la source du

²⁸ MAÏMONIDE, *Hil. Melakhim* 9:14.

²⁹ MAÏMONIDE, *Hil. Hovel umazziq* 8:10.

droit³⁰ n'est contraignante que par le fait qu'une autorité habilitée l'interdit. Nous ne sommes pas tenus de respecter une interdiction qui n'est pas prévue ou dont la sanction n'est pas prévue par la loi. La règle de droit ne vise pas à être une approximation de ce qui est le cas dans la nature³¹, mais le fruit d'une *décision* – humaine ou divine. La conséquence est que selon une approche naturaliste, il peut exister des règles de droit positif auxquelles il ne faudrait pas obéir puisqu'elles sont mauvaises en soi, tandis que du point de vue positiviste, il n'existe pas de droit naturel, extérieur au corps de règles positives, qui permettrait de mesurer si le droit positif est bon ou mauvais. Il va de soi que dans les faits, chaque philosophie du droit envisage un mélange, un dosage, de positivisme et naturalisme. Par exemple, on peut percevoir en droit français des obligations des résurgences de droit naturel, notamment dans l'obligation d'aider certains membres de la famille dans le besoin.

Quelle est alors la conception du droit que se font les Rabbins du Talmud ? Selon Devora Steinmetz, la perception rabbinique de la loi est résolument positiviste : la révélation sinaïtique voit l'adoption de règles qui n'étaient pas auparavant accessibles aux fidèles par la seule raison. Ces règles *de droit positif* doivent être respectées non pas tant parce qu'elles sont bonnes intrinsèquement, mais parce qu'elles sont un *commandement*. Selon elle, la procédure de la mise en garde est l'indication de la dimension positiviste de ce droit. En effet, cette mise en garde reprend deux éléments qui sont à la base du droit pénal talmudique : l'interdiction et la sanction. Or, la sanction d'une infraction biblique n'est possible que si le Pentateuque prévoit explicitement³² et séparément une interdiction *et* une sanction. Un principe général de droit pénal talmudique énonce en effet : « *Eyn 'oneshin ela im ken mazhirin* » (« on ne sanctionne que si l'infraction est prévue explicitement »). Ce principe n'est pas équivalent à « *Nulla poena sine lege* » (« pas de sanction sans interdiction »), car il ajoute une exigence tenant à la formulation de l'interdiction. En effet, le droit pénal français ne s'exprime pas nécessairement sous la forme d'injonction à ne pas faire : « Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. », énonce le Code pénal 221-3. Il n'est pas écrit « N'assassinez pas » et encore moins « Prière de ne pas assassiner ». En revanche, l'interdiction biblique (*azhara*) doit, pour être suivie d'effets, être une *injonction* caractérisée par l'un des marqueurs suivants : les adverbes négatifs « *lo* » ou « *al* », le verbe « se garder de » (*hishamer*³³) ou la conjonction de subordination « de crainte que » (*pen*). D'une manière générale, on peut dire que les deux principes qui gouvernent le droit pénal général, y compris le droit pénal français (« pas

³⁰ La notion de source du droit est lourde d'implications. Elle est du reste datée et localisée. Pour ce qui nous concerne, la source du droit est une *prémisse* du raisonnement juridique (voir S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018).

³¹ L'accusation de sophisme naturaliste est typiquement moderne et n'atteint pas la conception du droit naturel classique (antique et médiéval) ou du moins ne l'atteint que lorsqu'un regard moderne est posé sur le monde médiéval. Chez les Anciens, en effet, le monde est bon, il est dès lors envisageable de déduire de ce qui est le cas ce qu'il faut faire, voir R. BRAGUE, *La sagesse du monde. Histoire de l'expérience humaine de l'univers*, Paris, Le Livre de Poche, 2002.

³² Le caractère explicite signifie qu'une source existe et qu'elle est comprise comme parlant de cette interdiction et de cette sanction. Il n'y a pas là, bien souvent, un énoncé explicite au sens où on l'entendrait aujourd'hui. Voir D. STEINMETZ, *Punishment & Freedom*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008.

³³ La deuxième consonne est géminée, mais notre transcription simplifiée ne permet pas de l'indiquer.

d'infraction sans loi », *Nullum crimen sine lege*, et « pas de sanction sans loi », *Nulla poena sine lege*³⁴) s'appliquent dans le droit pénal talmudique et que ce dernier est encore plus exigeant, puisqu'il impose en outre à l'énoncé contenant l'interdiction une certaine formulation grammaticale.

Or, ces deux éléments, l'interdiction et la sanction, figurent dans la mise en garde suivie de l'acceptation. Ainsi, la mise en garde (*hatra'a*) au sens strict est une citation du verset biblique prévoyant l'infraction (*azhara*) et la sanction (*'onesh*) – et l'acceptation (*qabbala*) consiste pour l'accusé à assumer les conséquences de son infraction.

	Infraction	Sanction
Sources scripturaires, en particulier le Pentateuque	<i>azhara</i>	<i>'onesh</i>
Composants de la mise en garde au moment de l'infraction	<i>hatra'a</i> (rappel de l'infraction)	<i>qabbala</i> (rappel de la sanction)

Devora Steinmetz étudie ce recouplement, cet écho³⁵, entre, d'une part, la source scripturaire de l'infraction et de la sanction et, d'autre part, la mise en garde et l'acceptation. La mise en garde, qui reflète l'interdiction et la sanction, reflète plus profondément la vision positiviste des lois sinaïtiques. Elle souligne toutefois que, même en droit talmudique, une série d'infractions relèvent davantage, voire totalement, du droit naturel. Par conséquent, certaines sanctions sont présentées comme *naturelles*. Enfin, cela expliquerait pourquoi les lois des Noaïdides ne requièrent pas de mise en garde : ils sont en effet censés être au courant des règles émanant de la nature humaine.

Le meurtre est un interdit fondamental, qui ne dépend pas d'une culture juridique donnée. Il est en droit talmudique passible de la peine de mort. Plus précisément, parmi les quatre types de peines de mort, il s'agit de décapitation (*hereg*). La peine par décapitation ne ressemble guère à une mort naturelle. En ce sens, cette peine est le paradigme du droit sinaïtique, positiviste. Pourtant, la peine de mort par défaut (lorsque le crime est passible de la peine de mort sans plus de précisions) est celle de l'étranglement, qui ressemble quant à elle à la mort naturelle. Ajoutons que l'homicide involontaire doit également être traité, réglé. Il existe une série de règles concernant le cas du meurtrier involontaire, qui doit aller dans une des villes refuges et que le vengeur de sang est en droit de tuer (sans mise en garde, d'ailleurs). Le traitement particulier du meurtre indique le caractère naturel, bien qu'il s'agisse d'un îlot de règles naturelles au sein du corps de règles de droit positif de la révélation sinaïtique.

Les Noaïdides sont passibles d'une unique peine, qui est une peine de mort, pour l'infraction de n'importe quel interdit les concernant. Il existe une controverse portant sur la peine en question. Selon Tanna deve Menashe, la peine est l'étranglement (*heneq*), tandis que selon les Sages, la peine est la décapitation (*hereg*).

Tanna deve Menashe soutient que l'étranglement est la peine dont sont passibles les Noaïdides. La vision des lois noaïdides est ici celle d'une imitation du monde : l'étranglement est la mise à mort qui ressemble le plus à la manière dont

³⁴ Sur le fonctionnement de ce principe et de nombreux autres principes juridiques, on consultera S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018, en particulier l'introduction.

³⁵ D. STEINMETZ, *Punishment & Freedom*, *op. cit.*, p. 16.

on meurt naturellement. En effet, le jour de la mort naturelle, on expire : l'étranglement *mimerait* la mort naturelle, puisqu'il vient sanctionner une interdiction relevant du droit naturel. Steinmetz remet en question l'idée selon laquelle la peine de mort par étranglement viserait à ne pas mutiler le corps, créé par Dieu. Selon elle, il s'agit pour un tribunal humain de *réaliser* ou encore d'*entériner* un abandon de la vie déjà effectué par celui qui a accompli le meurtre³⁶.

Les Sages ont une vision des lois noahides plus pratique et plus proche du droit naturel moderne³⁷ : le but est d'assurer le bon fonctionnement de la société. Cette fois, les Noahides ne sont pas passibles d'une mort qui ressemble à la mort naturelle mais au contraire, de décapitation – en écho à la manière dont les humains se tuent mutuellement.

Plus généralement, le fait que les Noahides soient exemptés de mise en garde tiendrait au fait que les interdits qui s'imposent naturellement à eux (et qui sont strictement inclus dans la liste des règles s'imposant également aux Juifs) sont universels ou du moins relèvent d'une vision de l'universel et du droit naturel.

Un tableau permettra de visualiser l'opposition :

	Droit naturel		Droit positif
Sujets de droit	Noahides		Juifs
Nombre de règles	7		613 (incluant les lois noahides)
Degrés de responsabilité	Pas d'infraction non intentionnelle		Distinction entre infraction intentionnelle et non intentionnelle
Source de la règle	Le bien, la nature, le monde		L'adoption de la règle
Mise en garde	Pas nécessaire		Nécessaire (sauf exemptions)
Rétroactivité des interdits	Oui : les règles sont <i>déclarées</i> , mais préexistent		Non : les règles sont <i>adoptées</i> à partir d'un moment donné
Sanctions	Une seule, la peine de mort		De multiples sanctions
	L'étranglement (<i>heneq</i>) d'après Tanna deve Menashe	Décapitation (<i>hereg</i>) d'après les Sages	
	Cette mort ressemble à la manière dont on meurt naturellement	Cette mort ressemble à la manière dont les humains se tuent mutuellement	

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

³⁷ *Ibid.*, p. 31.

Nous avons montré que la question de la preuve de l'intention en droit pénal talmudique est un indicateur du caractère positiviste de la loi talmudique ou plutôt de la vision positiviste qui anime les Sages du Talmud. Cette constatation est nuancée, d'une part, par la présence en droit talmudique interne de détails entourant le meurtre qui relèvent davantage du droit naturel (non la sanction, mais la nécessité de traiter l'homicide non intentionnel) et, d'autre part, par la procédure des lois s'adressant aux nations. Cette fois, c'est le caractère naturel de l'interdit, ainsi que la nature de la sanction, qui témoignent de la dimension naturelle de ce droit censément et potentiellement universel.

Stefan Goltzberg

Professeur de philosophie et membre du Centre de Théorie politique à l'Université Libre de Bruxelles, Chercheur qualifié auprès du Fonds National de la Recherche scientifique. Auteur notamment de « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle » et des ouvrages suivants : *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018 ; *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018 ; *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018 et *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019.

BIBLIOGRAPHIE

- ANON., « Hatra'a (mise en garde) », in ZEVIN, Yosef (dir.), *Encyclopedia Talmudit*, (en hébreu), tome 11, col. 291-314
- BRAGUE Rémi, *La sagesse du monde. Histoire de l'expérience humaine de l'univers*, Paris, Le Livre de Poche, 2002
- ENKER Arnold, « Fondement du droit pénal hébraïque » (en hébreu), *Mishpatim*, n° 24, 1994, p. 177-206
- GOLTZBERG Stefan, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, vol. 279, n° 2, 2018, p. 231-244
- GOLTZBERG Stefan, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018
- GOLTZBERG Stefan, *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018.
- GOLTZBERG Stefan, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019
- LICARI François-Xavier, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015
- PIN, Xavier, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016
- SHEMESH Aharon, « Témoignage, admonestation et mise en garde : étude comparative entre le droit de la secte du désert de Judée et le droit talmudique » (en hébreu), *Tarbiz*, 1997, p. 149-168 [<https://www.jstor.org/stable/23599954>]
- STEINMETZ Devora, *Punishment & Freedom*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008
- VANA Liliane, « Les lois noahides. Une mini-Torah pré-sinaïtique pour l'humanité et pour Israël », *Pardès*, n° 52, 2013, p. 219-234

II. Le droit de la preuve, reflet du monde social ?

Crediting Women

Women's testimony was valued in eighteenth-century English property disputes. Women provided lengthy depositions that were entered into official court records, women filed bills and gave answers in pleadings before the equity courts that heard so many of these cases, and women sometimes appeared in court to serve as witnesses who could be examined and cross-examined. Women not only provided testimony regarding marriage settlements, wills, rent charges and other elements of landed property disputes, but they also shared information about mortgage loans and merchant agreements, bank annuities and stock investments, in proceedings that helped to shape the development of commercial law. This was a period of dramatic commercial growth and financial innovation in England and other parts of the British empire, when advances in both public and private finance hastened the evolution of a credit economy. It was also a period in which women's control over different kinds of property, and access to commercial opportunities, was expanding. Women were participants in eighteenth-century credit markets and their words had not only epistemic but also monetary value.

But how *much* was a woman's testimony worth? And what factors influenced the determination of her credibility and competency? Social standing and reputation were important for women as well as men. Gendered assumptions about female dependence, irrationality, and corruption played a part. Yet so too did newer ideas about consent and contract in legal theory and legal practice. The language of natural law allowed, at times, for the definition of women as free and rational human beings, while litigation challenging the protections of coverture, for example, led to recognition of women as accountable economic agents. How should we understand these contradictions and tensions? Why was women's testimony simultaneously relied upon, and discounted or ignored?

This essay will suggest several reasons why these limits to crediting women endured, and even intensified, at the same time that women's economic and testimonial power was growing. Key arguments deployed by jurists and philosophers of natural law played a part, but economic, cultural and procedural developments were equally important. First, I will argue, changes in the law of evidence, associated with the rise of the adversarial trial, contributed to ongoing concern about bias and heightened concern about witness manipulation, which only amplified suspicion about women's independence. Second, as English commercial law became increasingly focused on problems of fraud in this era of economic growth and market volatility, misogynist ideas and images were used to describe the dangers of treachery and deceit. In controversies regarding investor manipulation or predatory lending, for example, fears about the link between commerce and corruption were expressed in gendered terms that reinforced negative, and contradictory, images of female corruption and helplessness. Finally, such images were effectively spread in the periodicals, novels, newspapers, encyclopedias and other kinds of

texts that proliferated as part of England's burgeoning print culture. And yet these texts also included depictions of women as competent and credible economic agents who understood the operation of law and finance. Indeed, since different kinds of legal literature – including treatises on “the lady's law” and fictionalized criminal biographies like Defoe's *Moll Flanders* – were among the most popular forms of print circulating in the eighteenth century, these publications furthered such contradictory depictions of women, and so shaped ideas about the importance of, and limits to, crediting their testimony.

The limits to crediting women merit discussion because they are a significant part of the construction of a modern law of evidence. While some scholarship has focused on this phenomenon in the history of criminal law, little attention has been paid to its development in other areas of law.¹ After an opening section synthesizing evidence of women's active engagement in new commercial opportunities, and their participation in cases litigated before a variety of English courts, this essay will focus on the history of limitation in the history of law. The kind of systematic “credibility discount” experienced by women, recently described by a legal scholar like Deborah Tuerkheimer, has an extensive history that must be examined in order to understand the artificial construction of legal rationality – and related failures of justice – in modern democratic regimes.

WOMEN'S AGENCY IN MARKETS AND COURTS

Women were active participants in trade and credit networks throughout the early modern period in England, and other parts of Europe.² As the scope of economic activity widened, and the pace of private and public finance quickened in eighteenth-century England, many women shared in widespread excitement about acquiring wealth through new investment opportunities. Married and unmarried women became independent investors in this credit economy, and their portfolios included a range of stakes and shares, including company stocks, state lotteries, government annuities and private mortgage loans. Numerous new publications aimed to educate these new and inexperienced female, and male, investors by providing advice on accounting and investment strategy.³ Women, like men, also

¹ A.E. SIMPSON, « The “Blackmail Myth” and the Prosecution of Rape and its Attempt in Eighteenth-Century London: The Creation of a Legal Tradition », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 77, n° 1, Spring 1986, p. 101-150; K.J. KESSELRING, « Bodies of Evidence: Sex and Murder (or Gender and Homicide) in Early Modern England, c.1500-1680 », *Gender & History*, vol. 27, n° 2, Aug. 2015, p. 245-262; J. RUDOLPH, « Gender and the Development of Forensic Science: A Case Study », *English Historical Review*, vol. 123, n° 503, 2008, p. 924-946; D. TUERKHEIMER, « Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, n° 1, Dec. 2017, p. 1-58.

² C. MULDREW, « “A Mutual Assent of her Mind?” Women, Debt, Litigation and Contract in Early Modern England », *History Workshop Journal*, 55, 2003, p. 49-52; M.R. HUNT, *The Middling Sort: Commerce, Gender and the Family in England, 1680-1780*, Berkeley, University of California Press, 1996, p. 125-146; B. LEMIRE, R. PEARSON and G. CAMPBELL (eds), *Women and Credit: Researching the Past, Refiguring the Future*, Oxford, Berg Publishers, 2002.

³ A.M. FROIDE, *Silent Partners: Women as Public Investors During Britain's Financial Revolution 1690-1750*, Oxford, Oxford Scholarship, 2016, p. 14-26; A.M. FROIDE, « Learning to Invest: Women's Education in Arithmetic and Accounting in Early Modern England », *Early Modern Women: An Interdisciplinary Journal*, vol. 10, n° 1, 2015, p. 3-26; A.M. CARLOS and L. NEAL,

worked with brokers and bankers in making investment decisions. These brokerage relationships connected women to a variety of networks, thus expanding their credit beyond a more limited circle of kin.⁴

Since women were active participants in the credit economy, it is not surprising that they were active in the courts as well. Several legal historians have established women's "conspicuous presence in English law courts," and underscored the particular importance of equity courts as a key venue for women's legal actions.⁵ Margaret Hunt, for example, has estimated that there were more than 135,000 women operating as litigants and respondents in the eighteenth-century English Chancery and Exchequer courts.⁶ These included wives, as well as single women and widows, who were involved in a range of lawsuits over trade, contracts, mortgages, and other kinds of agreements or activities essential to the growing economy. The English equity courts have long been recognized in modern scholarship as a jurisdiction that was particularly favorable to women's legal agency because of equity's more flexible procedures and extensive remedies. In protecting, and at times even promoting, women's legal interests, these courts also helped to spur the development of different kinds of legal and financial instruments.⁷

Some women, like the wealthy spinster Eleanor Curzon, were involved in notable controversies over stock market fraud. In the aftermath of the bursting of the

« Women Investors in Early Capital Markets », *Financial History Review*, vol. 11, n° 2, 2004, p. 197-224; N. GLAISYER, « Calculating Credibility: Print Culture, Trust and Economic Figures in Early Eighteenth-Century England », *Economic History Review*, vol. 60, n° 4, 2007, p. 685-711.

⁴ J. RUDOLPH, « A Broker's Advice: Credit Networks and Mortgage Risk in the Eighteenth-Century Empire », in M. LOBBAN and I. WILLIAMS (eds), *Networks and Connections in Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, forthcoming; J. RUDOLPH, « Property and Possession », in R. PROBERT and J. SNAPE (eds), *A Cultural History of Law in the Age of Enlightenment*, London, Bloomsbury, 2019, p. 107-110; A. LAURENCE, « The Emergence of a Private Clientele for Banks in the Early Eighteenth Century: Hoare's Bank and some Women Customers », *Economic History Review*, vol. 61, n° 3, 2008, p. 565-586. A. SHEPARD, « Minding their Own Business: Married Women and Credit in Early Modern London », *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 25, 2015, p. 53-74; A. SHEPARD, « Crediting Women in the Early Modern English Economy », *History Workshop Journal*, vol. 79, 2015, p. 1-24. I came across the latter essay by Shepard, also entitled « Crediting Women », late in this project. Shepard's valuable studies of married women's role as "asset managers" in early modern England mainly focus on women's activities in pawnbroking and local lending rather than their engagement with banking or investment. Moreover, while Shepard's essay does rely on records of women's testimony in several ecclesiastical courts, she does not address questions about witnessing or credibility that are the focus of this essay.

⁵ M. FINN, « Women, Consumption, and Coverture in England c. 1760-1860 », *The Historical Journal*, vol. 39, n° 3, Sept. 1996, p. 706.

⁶ M.R. HUNT, « Wives and Marital "Rights" in the Court of Exchequer in the Early Eighteenth Century », in P. GRIFFITHS and M. JENNER (eds), *Londinopolis: Essays in the Cultural and Social History of Early Modern London*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 110-111.

⁷ A.L. ERICKSON, « Coverture and Capitalism », *History Workshop Journal*, vol. 59, Spring 2005, p. 5. See also T. STRETTON, *Women Waging Law in Elizabethan England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 25-29, and T. STRETTON, « Married Women and the Law in England Since the Eighteenth Century », *L'Homme: Europäische Zeitschrift für Feministische Geschichtswissenschaft*, vol. 14, n° 1, 2003, p. 124-130; J. RUDOLPH, *Common Law and Enlightenment in England 1689-c.1750*, Woodbridge, Boydell, 2013, p. 149-157. On Exchequer's equity jurisdiction see H. HORWITZ, « Chancery's "Younger Sister": The Court of Exchequer and its Equity Jurisdiction 1649-1841 », *Historical Research*, vol. 77, n° 178, June 1999, p. 160-182.

South Sea Bubble, Curzon brought a suit against the South Sea Company seeking restitution of wealth. She refused to accept company shares which were now much reduced in value, and sought the return of £1000, the original value of her intended investment. Curzon's suit rested on the claim that an error in company records meant there was no proof that her purchase of South Sea stock had ever been completed. The barons of the Exchequer accepted Curzon's arguments, and the court's ruling in her favor was upheld on appeal to the House of Lords.⁸ Curzon's suit was surely extraordinary since it was part of a dramatic public controversy in the 1720s over speculation and commercial corruption exposed by the South Sea Bubble. However, there was also a good deal of ordinary litigation throughout the century that similarly involved women in disputes over credit, debt and investment. Historians have focused attention on women like Hester Pinney and Johanna Cock: successful investors, lenders and financial advisors for family and friends, these women were engaged in controversies over their administration and inheritance of shares.⁹ Other ordinary women were also involved in the administration of family property, and were drawn into litigation. For example, the widow Grace Randolph served as respondent to Chancery bills inquiring into rent payments, tax collection and other elements of estate management.¹⁰ Similarly, women like Margaret Hare were entangled in litigation over debts owed to their late husbands. Well into her second marriage Hare continued to serve as administrator of her late husband's estate, providing depositions, detailing monies borrowed and owed in the course of her own or others' business activities, and producing evidence such as promissory notes and account books in support of her claims.¹¹ "Both men and women clearly recognized the capabilities of their wives, daughters or sisters," Christine Churches explains, "as they chose them almost routinely to be executors of their wills."¹² The courts, and their legal personnel, also recognized these women's capabilities and accepted their authority and arguments.

Women were involved in another regular arena of litigation in the eighteenth and nineteenth centuries having to do with the "law of necessities" and the status of "married women as consumer debtors."¹³ In these suits married women testified

⁸ L.L. PECK, *Women of Fortune: Money, Marriage and Murder in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 268-269; A.M. FROIDE, *Silent Partners*, *op. cit.*, p. 195-198; *South Sea v Curzon* (1722), 1 *English Reports*, p. 1092-1094.

⁹ A.M. CARLOS and L. NEAL, « Women Investors in Early Capital Markets », *op. cit.*, p. 205-208; A.M. FROIDE, *Silent Partners*, *op. cit.*, p. 181-196.

¹⁰ *Brockman v Randolph* (1730), Court of Chancery: Six Clerks Office: Pleadings 1714 to 1758, C 11/237/2, National Archives, London. See also A.L. ERICKSON, *Women and Property in Early Modern England*, London, Routledge, 1997, and P. LANE, « Women, Property and Inheritance: Wealth Creation and Income Generation in Small English Towns, 1750-1835 », in J. STOBART and A. OWENS (eds), *Urban Fortunes: Property and Inheritance in the Towns 1700-1900*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 172-194.

¹¹ Depositions of Several of the Creditors of Thomas [Fynn] (1773), Clayton and Morris Collection, CLC/B/050/A/170, London Metropolitan Archives.

¹² C. CHURCHES, « Putting Women in their Place: Female Litigants at Whitehaven, 1660-1760 », in N.E. WRIGHT and M.W. FERGUSON (eds), *Women, Property and the Letters of the Law in Early Modern England*, Toronto, Toronto University Press, 2004, p. 53. See also C. MULDREW, « "A Mutual Assent of her Mind?" Women, Debt, Litigation and Contract in Early Modern England », *op. cit.*, p. 52.

¹³ M. FINN, « Women, Consumption, and Coverture in England c. 1760-1860 », *op. cit.*, p. 707.

about their capacity to contract debts, and at times denied liability for those debts they accrued, during a separation from their husbands. These suits were often heard in courts of requests where oral witness testimony was more regularly accepted than in other courts, affording women an opportunity to appear, negotiate, and be heard.¹⁴ Married women also provided critical information in debt disputes over colonial investment and plantation management. For example, wives were consulted about colonial estates, established by their natal families in places like St Kitts and Barbados, that were used to secure the debts of husbands in financial difficulty. These wives were also asked about properties they had inherited in England that were mortgaged in order to raise funds for their husbands' new investments in possessions overseas. Judges who oversaw such loan agreements were required to conduct private oral interviews with women who were parties to these agreements; judges were expected to elicit the testimony of these wives in order to ensure that the women had not been coerced to consent to the mortgage of their separate properties or jointures.¹⁵ Women's testimony was not only vital in securing credit but, in the event that creditors brought suit for nonpayment, women also provided crucial information regarding ongoing contracts, loans and expenditures. For example, in the 1770s the married woman Jane Kemeys was intensely engaged with the numerous lawsuits that resulted from her husband's failed investments in a Jamaican plantation. Kemeys demonstrated her extensive knowledge about estate management, loan agreements and ongoing legal process, in correspondence with her husband and his trustees, and in her response to a lengthy Chancery suit brought by creditors against those trustees.¹⁶ Finally, some wives used this kind of knowledge to initiate their own suits over the mismanagement of family assets. Married women brought complaints in the Exchequer and other courts against their estranged husbands, submitting specific details about husbands' unfair seizure of wives' "wages or trading profits," as well as broader accounts of failure in household economy.¹⁷

Some forms of women's testimony, such as courtroom statements or correspondence, offered what we would recognize as more direct expressions of women's ideas and concerns. Most testimony, however, involved mediation. Female litigants, like male, brought their complaints to lawyers who were paid to

¹⁴ *Ibid.*, p. 711-716. Other scholars have also studied challenges to coverture in cases before the Kings Bench and Admiralty courts: J. OLDHAM, « Creditors and the Feme Covert », in M. DYSON and D. IBBETSON (eds), *Law and Legal Process: Substantive Law and Procedure in English Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 217-45; M.R. HUNT, « The Sailor's Wife, War, Finance and Coverture in Late Seventeenth-Century London », in T. STRETTON and K.J. KESSELRING (eds), *Married Women and the Law: Coverture in England and the Common Law World*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2013, p. 139-162.

¹⁵ Deed between Lord James, Lady Sophia and William Cranstoun and John Banister, James Hammond and William Manning of London, Gen MSS 1412, Box 3, Folder 35, Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University; *Eddleston v Collins* (1853) 43 *English Reports* 1-8.

¹⁶ *Mackreth v Clitherow*, Court of Chancery: Six Clerks Office: Pleadings 1758 to 1800, C 12/433/23, National Archives, London; Jane Gardiner Kemeys to James Clitherow, 1774-1786, Kemeys Trust, Clitherow Family Papers, ACC/1360/669, folders 1-4, London Metropolitan Archives.

¹⁷ M.R. HUNT, « Wives and Marital "Rights" in the Court of Exchequer in the Early Eighteenth Century », *op. cit.*, p. 118-121.

craft compelling narratives, and to submit admissible arguments that would be convincing to the court. Respondents to litigation and deponents were similarly advised by counsel or guided by court officials who recorded their replies. This involvement of clerks, lawyers and “next friends” does not mean, however, that the language and interests of women were either fabricated or ignored.¹⁸ Even more, the fact of mediation does not indicate a failure to accept or value women’s testimony. Popular practice books and lawyers’ manuals that proliferated in this period demonstrate a robust concern with the proper collection and use of testimony by and about women. Texts like Maynard Walker’s *The Equity Pleader’s Assistant* or Richard Boote’s *The Solicitor’s Practice in the High Court of Chancery Epitomized* also confirm that women’s actions and arguments were credited in a wide range of property disputes. Established formulas for questioning deponents “about the value of houses belonging to a woman and sold” or “about a woman being unduly influenced to execute deeds” were designed to elicit knowledge about conflicts over landed property.¹⁹ Numerous other interrogatories were focused on women’s purchase of stocks, evaluation of annuities, and participation in varied aspects of the commercial economy.²⁰ Other more informal records, like correspondence among parties to a case, lawyers’ notes, and account books, offer similar indications of women’s economic activities and knowledge of law. These records also show that women were active in guiding litigation, and confirm that women were taken seriously as advocates and opponents.²¹

NATURAL LAW JURISPRUDENCE AND AMBIVALENCE

Women were deemed to be credible not only because they could be recognized as competent and knowledgeable in estate financing or asset management, but also because they could be defined as rational human actors who operated according to natural law. The philosophy of natural law was influential throughout the eighteenth century in England. Theorists developed increasingly sophisticated analyses of human rationality, and pursued inquiries into sentiment and sociability, in order to explain human knowledge of and obligation to that law. English jurists, judges and lawyers engaged with these philosophical trends: their libraries were filled with the works of major natural law theorists like Hugh Grotius, Samuel Pufendorf

¹⁸ *Ibid.*, p. 113; C. CHURCHES, « Putting Women in their Place: Female Litigants at Whitehaven, 1660-1760 », *op. cit.*, p. 50-51, 55. On reading fragmentary and mediated archives see, for example, A. FARGE, *The Allure of the Archives*, trans T. Scott-Raillton, New Haven, Yale University Press, 2014, especially p. 79-113.

¹⁹ M.C. WALKER, *The Equity Pleader’s Assistant*, Dublin, 1796, p. 249-250; Old Solicitor, *A Collection of Interrogatories for the Examination of Witnesses in Courts of Equity*, Dublin, 1791, p. 274-275.

²⁰ *Ibid.*, p. 164-166; M.C. WALKER, *The Equity Pleader’s Assistant*, *op. cit.*, p. 161, 206-208.

²¹ C. CHURCHES, « Putting Women in their Place: Female Litigants at Whitehaven, 1660-1760 », *op. cit.*, p. 50-51, 55-56; Jane Gardiner Kemeys to James Clitherow, ACC/1360/669, *op. cit.*, and James Clitherow to Jane Gardiner Kemeys 6 February 1779 and 25 February 1779, Kemeys Trust, ACC/1360/678, fols 25-26, London Metropolitan Archives; Melmoth-Lee Account Book 1730-1739, Sir William Lee Family Papers, Box 6, OSB 52, Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University.

and John Locke, and their notebooks, correspondence and case reports made frequent reference to these authorities.²² Since reflection on natural law was often articulated in the course of debate about the jurisdiction of equity – and since the equity courts were so important to the development of legal protections for women – it is not surprising that these jurists developed ideas about women’s adherence to natural law, understood as a law of reason, at the same time. Women were afforded recognition as rational and free individuals as the language of natural law, social contract and consent advanced in the late seventeenth and eighteenth centuries.²³

Like other jurists, William Blackstone was influenced by natural law jurisprudence. Indeed, his multi-volume *Commentaries* was part of an eighteenth-century institutional literature that aimed to elucidate the relationship between the law of nature and English law.²⁴ The first chapter of the first book of Blackstone’s magnum opus evaluated the force of natural rights, and reviewed the content of natural law, before describing the social contract formed to preserve those rights.²⁵ Blackstone also expressed interest in women’s agency at law, their capacity for rational action, and ability to express consent. It is widely noted that Blackstone signaled this interest at the opening of the fifteenth chapter of this first book with this claim: “Our law considers marriage in no other light than a civil contract.” In describing marriage as a “civil contract” in English law, scholars explain, Blackstone emphasized marital consent, and rejected ideas about the natural subordination of women to men.²⁶ It is less frequently noticed, however, that Blackstone further emphasized the significance of female consent towards the end of this same chapter, in a passage concerned with the question of women’s ability to testify in court. In the course of explaining limitations on wives’ capacity for separate legal action – to “sue and be sued” – Blackstone pointed to an important exception to such restrictions. Although “in trials of any sort [husband and wife] are not allowed to be evidence for, or against, each other,” Blackstone explained, in cases “where the offense is directly against the person of the wife,” such as abduction and forcible marriage to her “ravisher,” she is permitted to testify. The abducted women did not fit the definition of a wife “because a main ingredient, her consent, was wanting to

²² J. RUDOLPH, *Common Law and Enlightenment*, op. cit., p. 164-200, 215-230; D.J. IBBETSON « Natural Law and Common Law », *Edinburgh Law Review*, vol. 5, 2001, p. 4-20.

²³ J. RUDOLPH, « Rape and Resistance: Women and Consent in Seventeenth-Century English Legal and Political Thought », *Journal of British Studies*, vol. 39, n° 2, April 2000, p. 161, 167-169.

²⁴ J.W. CAIRNS, « Blackstone, An English Institution: Legal Literature and the Rise of the Nation State », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 3, Winter 1984, p. 318-360; D. LEMMINGS, « Editor’s Introduction », in W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, *Of the Rights of Persons*, D. Lemmings (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. xxxi-xxxii; J. RUDOLPH, *Common Law and Enlightenment*, op. cit., p. 166-167, 184-185.

²⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, op. cit., p. 84-86.

²⁶ *Ibid.*, p. 279; M. SOKOL, « Blackstone and Bentham on the Law of Marriage », and T. STRETTON, « Coverture and Unity of Person in Blackstone’s Commentaries », in W. PREST (ed.), *Blackstone and his Commentaries: Biography, Law, History*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 94-96, 120-127.

the contract,” Blackstone concluded, and so her testimony would not contradict the principle of legal unity of person established by the doctrine of coverture.²⁷

It is telling that Blackstone turned to this example. Recognition of a woman’s right to resist abduction and rape had long been seen as a fundamental argument for woman’s inclusion within the law of nature. Theorists like Hugo Grotius made a clear connection between self-preservation, understood as the first law of nature, and defense against sexual violation. Later thinkers, like John Locke and James Tyrrell, endorsed this connection, and made further claims about women’s natural reason and freedom in the course of developing their theories of social contract. Yet despite this recognition of women’s humanity and adherence to the law of nature, these theorists did not allow for women’s full equality and independence. Instead they articulated ideas about sexual difference, and theorized about women’s necessary consent to an unequal marriage contract in the state of nature, in order to justify women’s exclusion from the social contract.²⁸ There was a fundamental ambivalence in these theorists’ simultaneous recognition of female agency and insistence on female dependence, and this ambivalence is reproduced in William Blackstone’s work. Although Blackstone emphasized marital consent, described marriage as a “civil contract” in English law, and rejected ideas about the natural subordination of women to men, he also recognized and endorsed what he termed the “disabilities, which the wife lies under” after the marriage contract was sealed since these were “for the most part intended for [the wife’s] protection and benefit.” This insistence upon dependence as “benefit” was reinforced in another one of Blackstone’s well-known phrases that ended his chapter: “So great a favourite is the female sex of the laws of England.”²⁹ In this way, Blackstone and other eighteenth-century theorists, like those of the century before them, remained tied to assumptions about male authority and female dependence, if not natural subordination. They simply assumed “that contract conferred an unequal sort of freedom based on sexual difference,” Amy Dru Stanley concurs. “Though they thought of contract as a universal right,” she concludes, “they understood marriage as the sovereignty of husbands over wives.”³⁰

Early nineteenth-century legal writers also reflected on women’s agency, and even envisaged women’s capacity to engage in legal reasoning, but they simultaneously endorsed the “benefits” of female dependence. For example, the barrister and politician John Eardley Eardley-Wilmot – grandson of Blackstone’s friend, and prominent eighteenth-century judge, John Eardley Wilmot – specifically aimed to cultivate women’s reason and legal acumen when he produced an abridgment of Blackstone’s *Commentaries* for female readers. In introducing his *Abridgment of*

²⁷ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, p. 285-286. It is likely that Blackstone drew upon Geoffrey Gilbert’s treatise on evidence when including this example. See *infra*, fn. 43.

²⁸ J. RUDOLPH, « Rape and Resistance: Women and Consent in Seventeenth-Century English Legal and Political Thought », *op. cit.*, p. 167-171.

²⁹ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, p. 287. Tim Stretton argues that Blackstone regarded coverture as “the ultimate expression of the common law’s benevolent paternalism.” (T. STRETTON, « Coverture and Unity of Person in Blackstone’s *Commentaries* », *op. cit.*, p. 124-125).

³⁰ A.D. STANLEY, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage and the Market in the Era of Slave Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 11.

Blackstone's Commentaries on the Laws of England in a Series of Letters from a Father to his Daughter Chiefly Intended for the Use and Advancement of Female Education, Wilmot admitted the dangerous potential of his project to educate women in the law, but emphasized the value of a general knowledge of England's law and its constitution as part of a "liberal and polite education." Wilmot also claimed that his legal abridgment would be of real practical benefit to women by giving "insight into those institutions customs, and regulations, which are constantly presenting themselves to your notice."³¹ Moreover, he provided a detailed account of major areas of the law of property, and invited his female reader to consult Blackstone's original text for more information on this complex and important topic.³² This confidence in women's reason and capacity might have been an outgrowth of Wilmot's commitment to principles of equity and justice that he expressed in other ways, such as in his advocacy of abolition and emancipation.³³ His grandfather Judge Wilmot had also demonstrated interest in equity and natural law: Judge Wilmot was not only a respected authority on common law, having served on both the courts of Kings Bench and Common Pleas from the 1750s to the 1770s, but he also had strong training in civil law, experience in equity, and was twice considered for the lord chancellorship.³⁴ Yet neither Judge Wilmot nor his grandson questioned male authority and female dependence. In that explanatory preface to his abridgment of Blackstone, John Eardley Eardley-Wilmot insisted that the work was not intended to promote women's independence since they "have a father, a brother, or a husband to assist, advise or control" their interactions with the law.³⁵ Rather, Wilmot sought to "adorn" his female reader's "mind with useful knowledge, and with such literary acquirements, as will eventually render [her] a cheerful companion, and an accomplished woman" filled with "justice" and "pity."³⁶

DISCOUNTS IN LAW, ECONOMY AND PRINT

This tension between agency and dependence was a central feature of women's experience in the eighteenth and nineteenth centuries. Even as women were increasingly active in law and economy, questions were raised about their competency and attacks on their credibility intensified. This was due, in part, to the enduring influence of theorists like Blackstone and, more broadly, to this powerful

³¹ J.E. EARDLEY-WILMOT, *An Abridgment of Blackstone's Commentaries on the Laws of England in a Series of Letters from a Father to his Daughter Chiefly Intended for the Use and Advancement of Female Education*, London, 1822, p. 5, 8.

³² *Ibid.*, p. 135-178.

³³ P. CHAPMAN, « Sir John Eardley Eardley-Wilmot, first baronet (1783-1847) », *Oxford Dictionary of National Biography*.

³⁴ J. OLDHAM, « Wilmot, Sir John Eardley (1709-1792) », *Oxford Dictionary of National Biography*. See also, for example, Judge Wilmot's discussion of natural law principles of reason and morality, and citation of the work of Hugo Grotius, in his ruling on a breach of marriage case. *Low v Peers*, 97 *English Reports* 141.

³⁵ J.E. EARDLEY-WILMOT, *An Abridgment of Blackstone's Commentaries on the Laws of England in a Series of Letters from a Father to his Daughter Chiefly Intended for the Use and Advancement of Female Education*, *op. cit.*, p. 5, 7.

³⁶ *Ibid.*, p. 3, 8-9.

contradiction within natural law philosophy. It was also due to changing legal process, and to the emergence of particular problems in the law of credit and debt that developed over the course of the eighteenth century.

In the early part of the eighteenth century, limits to crediting women's testimony can be understood as part of a general concern about witness competency and bias. "That pillar of the older law" of evidence, John Langbein explains, was "the testimonial disqualification of parties for interest."³⁷ Geoffrey Gilbert's influential treatise on *The Law of Evidence* betrays this concern. Gilbert, a prominent judge on the Irish Kings Bench, Irish Exchequer, and English Exchequer courts, composed this text on evidence, as well as several other legal treatises, in the first two decades of the eighteenth century. It is likely that Gilbert's work on evidence, like his other texts, circulated in manuscript before it was published in multiple editions in the second half of the century.³⁸ At the outset of his work, Gilbert determined that methodical analysis of the different kinds of testimony, as well as their force, was essential to understanding the operation of evidence, and so he divided testimony into "two sorts": written and unwritten.³⁹ The majority of Gilbert's treatise focused on the authenticity of written evidence, such as depositions, answers, wills and deeds. Although, as we know, women were involved in providing these kinds of evidence, Gilbert did not address the question of female credibility in these sections of the work.⁴⁰ In his consideration of "unwritten evidence, or the proofs from the mouths of witnesses," however, Gilbert provided a brief discussion of women's testimony. Here Gilbert included women in his explanation of the reasons for disqualification, or exclusion from testimony, "for want of integrity and discernment."⁴¹ In outlining general rules aimed at disallowing testimony tainted by interest, Gilbert elucidated the ways in which English law defined bias in cases involving trusts, contracts, injury and assault, and forgery of deeds, among other examples. According to this reasoning, women, as wives, were deemed not competent to testify:

Husband and wife cannot be admitted to be witnesses for or against each other, for if they swear for the benefit of each other, they are not to be believed, because their interests are absolutely the same, and therefore they can gain no more

³⁷ J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 246.

³⁸ M. MACNAIR, « Sir Jeffrey Gilbert and his Treatises », *Legal History*, vol. 15, n° 3, 1994, p. 258-261; J. RUDOLPH, *Common Law and Enlightenment*, op. cit., p. 257-258; J.H. LANGBEIN, « Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources », *Columbia Law Review*, vol. 96, June 1996, p. 1172-1173.

³⁹ G. GILBERT, *The Law of Evidence*, 4th ed., London, 1777, p. 5.

⁴⁰ In a section of the text concerned with credibility in depositions Gilbert discussed male deponents only; in sections on written evidence in deeds and bills of exchange Gilbert occasionally recognized a wife's involvement in generating documents, but not in providing such evidence (*ibid.*, p. 57-64, 88, 116.)

⁴¹ *Ibid.*, p. 119. Women had long been primarily associated with oral rather than written testimony, Bronach Kane has shown, and while there was a tradition of misogynist critique of "unruly" and irrational female memory there was also recognition of women's memorial authority, particularly regarding local customs, family histories, marriage, sexuality, and defamation (see B. KANE, « Women, Memory and Agency in the Medieval English Church Courts », in B. KANE and F. WILLIAMSON (eds), *Women Agency and the Law, 1300-1700*, London, Pickering & Chatto, 2013, p. 44, 49-50).

credit when they attest for each other, then when any man attests for himself.⁴²

Gilbert did point to two possible exceptions to this exclusion of a wife's testimony. In cases of high treason, he explained, interest in guarding public safety would take precedence over concern about potential bias in her testimony. And in cases of abduction, a woman was a valid witness since she should only be considered a wife "*de facto*," Gilbert asserted, "for a contract obtained by force has no obligation in law, and therefore she is a witness in this case as well as in any other case whatsoever."⁴³

Like Locke before him and Blackstone after him, Gilbert apparently recognized women's agency and capacity for reason in this instance of resistance to violation. However, he did not reflect further on the credibility of women's testimony in "any other case." Gilbert's main focus on the disqualification of wives because of bias, and lack of independence, was conventional and was a key part of the development of a "credibility discount."⁴⁴ Moreover, the fundamental contradiction in all of these theorists' works exemplifies and historicizes the related concept of "epistemic injustice" analyzed by modern scholars. "Epistemic injustice is a distinctive type of injustice," Deborah Tuerkheimer explains, citing the influential work of Miranda Fricker, "in which a person is wronged in her capacity as a knower." When testimony is discredited because of generalized prejudice against women, it causes a "primary harm" since "a speaker whose capacity as a knower is undermined has been, in important respects, dehumanized."⁴⁵ By simultaneously validating and foreclosing women's humanity, natural law theorists documented the prejudice at the heart of disbelief.

When Geoffrey Gilbert's treatise on evidence law was published in the mid-eighteenth century, trial procedure had already begun to change in England. As John Langbein has shown, the adversary criminal trial developed in this period and was a major factor in the formation of modern principles in evidence law. While adversarial practice had been followed in English civil trials before the eighteenth century, in those civil cases the preference for written evidence and exclusion of much witness testimony comported with traditional rules. As defense counsel was gradually admitted in eighteenth-century criminal matters the adversarial system began to be used in criminal as well as civil cases, and its significance expanded. Jury trial was increasingly dominated by lawyers who engaged in vigorous cross-examination, new kinds of evidence were admitted and new concerns emerged,

⁴² G. GILBERT, *Law of Evidence*, *op. cit.*, p. 133.

⁴³ *Ibid.*, p. 133-135. Throughout this section, Gilbert cites earlier authorities for these rules, including influential works by Sir Edward Coke and Matthew Hale.

⁴⁴ See other examples such as *The Lady's Law: Or A Treatise of Feme Coverts Containing All the Laws and Statutes Relating to Women*, London, 1737, p. 109; *Baron and Feme: A Treatise of the Common Law Concerning Husbands and Wives*, London, 1719, p. 365.

⁴⁵ D. TUERKHEIMER, « Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount », *op. cit.*, p. 42-46; M. FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2007; K. MANN, *Down Girl: The Logic of Misogyny*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 185-196. Scholars' continued reliance on Lockean texts and terminology in their analyses of credibility is one indication of the need for more attention to the history of these ideas. See for example, D. TUERKHEIMER, « Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount », *op. cit.*, p. 13, fn. 59 and p. 15 fn. 74.

and new rules, regarding the exclusion of hearsay or the privilege against self-incrimination, began to take shape.⁴⁶ There was clearly greater importance placed on what Gilbert had termed “proofs from the mouths of witnesses,” and this may have encouraged more questions, and doubts, about the credibility of women’s testimony. Since women had already been considered – and largely excluded – from providing oral testimony in the earlier system, it is not surprising that new efforts to police the oral testimony of witnesses in the adversarial trial would involve policing women as well.

William Hutton’s compilation of cases from the courts of requests provides just one example of these efforts. Hutton, a commissioner of the Birmingham court of requests, composed a popular and didactic account of the practice of this court that “drew particular attention to the agency of women.”⁴⁷ That attention was largely negative, as Hutton criticized female parties to litigation for being outspoken partisans and bemoaned their frequent appearance as weak mouthpieces for others’ interests. Hutton expressed suspicion that women’s greed and anger motivated their actions, and he pointed to the difficulty judges had in controlling women’s testimony. Recounting a suit against a widow for her deceased husband’s debts, for example, Hutton opined:

A particular attention is due to the fair sex; weak and lovely, they demand it. Their connexions with this Court are very frequent, and very loud, and though their fondness for speaking is a stagnation to business, for a riotous tongue is beyond the power of art to reduce, yet the Bench never retaliate, but give judgment with mildness; as we could not live without the winds, why then should we quarrel with them for roaring; we consider it is their nature.⁴⁸

This statement typifies the kind of condescension and misogyny that Hutton expressed throughout this work, but it also indicates the sense of worry he may have felt about admitting misleading testimony in his courtroom. Hutton and the other commissioners presided over disputes and could still direct witnesses, and exert some control, in this small-claims court. In the lawyer-dominated adversarial trial that was spreading to other courts, however, judges played an increasingly passive role. Now competing lawyers directed male and female witnesses to present testimony that was advantageous to one side or the other. This “subordination of truth-seeking” to partisan interest is a “defining shortcoming of adversary trial” John Langbein argues, as “each side operates under an incentive to suppress and distort unfavorable evidence, however truthful it may be.”⁴⁹ In this new combative process, would a woman be more easily manipulated in cross-examination? Was she generally less independent and more subject to bias and capture? Those older concerns about interest persisted and may have intensified as trial practice shifted from disqualifying testimony to policing it.

Contemporaries were aware of this potential for deceit in legal process. Even more, they recognized the prospects for fraud in new economic practices. The

⁴⁶ J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, op. cit.; T.P. GALLANIS, « The Rise of Modern Evidence Law », *Iowa Law Review*, vol. 84, n° 3, March 1999, p. 499-560.

⁴⁷ M. FINN, « Women, Consumption, and Coverture in England c. 1760-1860 », op. cit., p. 715.

⁴⁸ W. HUTTON, *Courts of Requests: Their Nature, Utility and Powers Described, With a Variety of Cases Determined in that of Birmingham*, Birmingham, 1787, p. 294, cf. p. 111.

⁴⁹ J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, op. cit., p. 103.

South Sea Bubble was only the most notorious example of deceit, misinformation, investor manipulation and destructive speculation that emerged during this period of rapid expansion of the credit economy. Personal credit and public debt were topics of concern not only because this was a society in which borrowing was a main engine of economic growth, but also because recurring patterns of booms and bubbles underscored troubling features of the new economy.⁵⁰ As credit was extended across imperial networks, borrowers and investors found that conventional norms regarding status and reputation provided insufficient protection against deceit. Novel investment opportunities and complex financial instruments created anxiety, and demonstrated the need for accurate information as well as effective conditions for building trust. Legislators and jurists made varied attempts to regulate credit and commerce so as to address these problems and eradicate fraud. For example, early eighteenth-century Irish and English statutes focused on frauds committed by debtors by criminalizing clandestine conveyance and mortgage agreements. Imperial legislation, like the *Act for the More Easy Recovery of Debts in His Majesties Plantations and Colonies in America*, aimed to protect British merchant creditors by applying uniform rules against debtors throughout the British empire.⁵¹ There was also legislation that bolstered protections for debtors against unethical creditors in different parts of the empire: for example, later eighteenth-century legislation in Jamaica focused on the need for regular and transparent accounting by attorneys, executors, trustees and mortgagees, to make sure that plantation profits were accurately recorded and awarded.⁵²

Such legislative, political and popular discourses about honesty and transparency are also important contexts for understanding attitudes towards women's testimony. Economic and legal change, as well as the formation of public opinion, determined the historical evolution of a "credibility discount." These contexts shaped, and bolstered, that familiar tension between the recognition of female agency and insistence on female dependence. First, since more women were involved in trade, investment and credit networks, some lawyers and judges perceived that there was a growing need to protect women against fraud. In this new economy women, like men, might fall prey to predatory lenders or they might agree to unconscionable bargains. But while men who found themselves in these situations were often accused of greed, profligacy or gambling, women were frequently depicted as ignorant victims. A set of interrogatories about a woman contracting for annuity payments in Maynard Walker's *Equity Pleader's Assistant* is one example of this sensitivity to the perils of female ignorance. This lengthy series of questions was premised on doubt about female rationality and competence; they

⁵⁰ J. HOPPIT, « Attitudes to Credit in Britain 1680-1790 », *Historical Journal*, vol. 33, n° 2, 1990, p. 306-307; J. HOPPIT, *Risk and Failure in English Business 1700-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 18-41; C. MULDER, *The Economy of Obligation: The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*, New York, Palgrave, 1998, p. 199-312; N. GLAISYER, *The Culture of Commerce in England 1660-1720*, Woodbridge, Boydell, 2006.

⁵¹ P. HAMBURGER, « The Conveyancing Purposes of the Statute of Frauds », *The American Journal of Legal History*, vol. 27, n° 4, October 1983, p. 380; G. JACOB, *A Review of the Statutes*, London 1715, p. 80-81; *An Act to Prevent Frauds by Clandestine Mortgages*, Dublin, 1697; *Acts and Statutes made in a Parliament begun at Dublin*, Dublin, 1731, p. 99-104; Irish Legislation Database, 1733 session [<http://www.qub.ac.uk/ild>]; S.D. SMITH, *Slavery, Family and Gentry Capitalism in the British Atlantic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 166.

⁵² ST JAGO DE LA VEGA, *The Laws of Jamaica*, 2nd ed., vol. 2, Jamaica, 1802, p. 306-311.

highlighted uncertainty about woman's knowledge of "the method of computing annuities" and her ability to be a "proper and competent judge of what sum of money was a fair and reasonable price."⁵³ In 1796, Walker's instructions for the pleader's assistant echoed the advice the *Spectator* journal had offered to male patrons of female-owned shops in 1711: "A Woman is naturally more helpless than the other sex;" the editor reminded readers, "and a man of honor should have this in his view in all manner of commerce with her."⁵⁴

A similar kind of emphasis on the vulnerability of women and culpability, or at least liability, of men appeared in other practice books and case reports. For example, Master of the Rolls Joseph Jekyll underscored female dependence in his ruling on the case of *Banks v Sutton* (1732), a dispute over mortgage and dower rights. "The relation of husband and wife, as it is the nearest so it is the earliest, and therefore the wife is the proper object of the care and kindness of the husband;" Jekyll insisted, "the husband is bound by the law of God and man to provide for her during his life, and after his death, the *moral obligation* is not at an end but he ought to take care of her provision during her own life."⁵⁵ This claim about men's moral obligation to care for their wives was easily associated with the more general premise that Chancellors were bound to uphold equity as a kind of adjunct of moral law or natural law.⁵⁶ Finally, female dependence was also a feature of popular literature: depictions of gallant men rescuing helpless women in legal or financial jeopardy appeared as a plot device on the London stage, and as a concluding lesson in didactic poems and stories.⁵⁷ This emphasis on women's ignorance, helplessness, and dubious independence encouraged uncertainty about women's testimony, and furthered suspicions about women's reliability.

At the same time however, suspicions about female corruption and an emphasis on women's greed also developed in significant ways. This was part of a recognition, and critique, of female agency within these new economic and legal contexts. As more women became active lenders and borrowers the likelihood increased that they too might commit fraud, but women's fraud was understood to take particular forms. One possibility was that women would trade on their reputation for ignorance and vulnerability so as to evade economic responsibility. In married women's debt litigation, for example, some wives were accused of feigning ignorance, and of exploiting creditors' uncertainty about married women's status and liability in order to escape from debt repayment.⁵⁸ Here judges and lawyers recognized

⁵³ M.C. WALKER, *Equity Pleader's Assistant*, *op. cit.*, p. 206-208. Compare a similar controversy in *Chesterfield v Janssen* (1750-1751) 28 *English Reports*, p. 82-103. In this case, L.C. Hardwicke critiqued the avarice, rather than the ignorance, of both the male lender and the male borrower.

⁵⁴ *Spectator*, No. 155, Tuesday, August 28, 1711, in E. MACKIE (ed.), *The Commerce of Everyday Life: Selections from the Tatler and the Spectator*, New York, Bedford-St. Martin's, 1998, p. 216.

⁵⁵ *Banks v Sutton*, 24 *English Reports* 923.

⁵⁶ T. WOOD, *A New Institute of Imperial or Civil Law*, London, 1704, p. 2; H. BALLOW, *A Treatise of Equity*, London, 1737, p. 2-3.

⁵⁷ J. RUDOLPH, « Property and Possession », *op. cit.*, p. 114-115. In many of these works the male gallant was contrasted with the profligate husband and the prodigal son, signaling that honor and good husbandry were defining features of eighteenth-century masculinity. K. HARVEY, *The Little Republic: Masculinity and Domestic Authority in Eighteenth-Century Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 24-63, 169-189.

⁵⁸ J. OLDHAM, « Creditors and the Feme Covert », *op. cit.*, p. 218-221.

women's rationality, their capacity to contract and consent to economic agreements, and their capacity for deceit. The suspicions that began to attach to claims about female rationality and consent were not new, but they found new expression in this period. "Women constituted both an essential and a particularly dynamic sector of the new population of consumers that stoked and reshaped western markets in the eighteenth century," Margot Finn avers, "but their perceived independence in this capacity was freighted with alarming connotations for contemporaries."⁵⁹ One "alarming connotation" was sexual: contemporaries often made an association between debt and female prostitution, and it is worth noting that an implication of this association was that credit (or credibility) must be linked to female sexual continence.⁶⁰

Images of female incontinence, inconstancy, excessive consumption and desire were prevalent throughout eighteenth-century English texts. These images of women appeared in the novels, newspapers and magazines that were published in greater numbers, and that circulated more widely, over the course of the century.⁶¹ The notorious image of "Lady Credit," broadcast by the moralizing tales of the *Spectator*, and by Daniel Defoe's economic essays, encapsulated early eighteenth-century ideas about the alluring and volatile nature of modern finance.⁶² Sentimental novels like Richardson's *Pamela*, so popular in the second half of the century, dramatized the threat that debt posed to female chastity. The seriousness of this threat was reinforced by the trial narratives about seduction, breach of promise and debt payments that appeared in English newspapers. Newspapers were especially important sources for information about law since they not only included sensational crime stories, but also "contained a surprising amount of information about court proceedings," James Oldham explains, including "non-notorious" trials about debt payments or the delivery of goods.⁶³ Male and female authors amplified fears about the changes wrought by an expanding market-oriented culture by tying them to fundamental suspicions about female sexuality. But some eighteenth-century authors also pointed out the ways in which women soberly deployed credit, negotiated obligation, and pursued new economic opportunities. Writers like Eliza Haywood, Catherine Ingrassia argues, "explored in specific terms a woman's ability to

⁵⁹ M. FINN, « Women, Consumption, and Coverture in England c. 1760-1860 », *op. cit.*, p. 704.

⁶⁰ D. DEFOE, *The Fortunate Mistress: Or, A History of the Life and Vast Variety of Fortunes of... Roxana*, London, 1724; L.J. ROSENTHAL, *Infamous Commerce: Prostitution in Eighteenth-Century British Literature and Culture*, Ithaca, Cornell University Press, 2006.

⁶¹ J. RAVEN, « The Book as a Commodity », in M.F. SUAREZ SJ and M.L. TURNER (eds), *The Cambridge History of the Book in Britain*, vol. 5, 1695-1830, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 83-117.

⁶² *Spectator* No. 3, Saturday March 3, 1711, in E. MACKIE (ed.), *The Commerce of Everyday Life: Selections from the Tatler and the Spectator*, *op. cit.*, p. 188-191; L. BROWN, *Fables of Modernity: Literature and Culture in the English Eighteenth Century*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, p. 103-131; M. DE GOEDE, « Mastering "Lady Credit" », *International Feminist Journal of Politics*, vol. 2, n° 1, 2000, p. 62-66.

⁶³ J. OLDHAM, « Law Reporting in the London Newspapers, 1756-1786 », *American Journal of Legal History*, vol. 31, n° 3, July 1987, p. 177, p. 190-191; D. LEMMINGS, « Henry Fielding and English Crime and Justice Reportage, 1748-52: Narratives of Panic, Authority, and Emotion », *Huntington Library Quarterly*, vol. 80, n° 1, Spring 2017, p. 71-97; S.S. HEINZELMAN, *Riding the Black Ram: Law, Literature and Gender*, Palo Alto, Stanford University Press, 2014, p. 72-91.

negotiate sexual and financial economies.”⁶⁴ If men’s gallantry was a popular plot device for eighteenth-century novelists, essayists and dramatists, so too was women’s agency: women’s knowledge of financial practices, and clever use of law in adversarial environments, were often presented as the keys to economic prosperity and social order.⁶⁵ Finally, although female authors like Eliza Haywood or Mary Wollstonecraft were subject to misogynist attacks on their chastity and credibility, the prominence of such women – and the sheer numbers of female authors among the novelists, journalists and critics of this period – surely furthered readers’ appreciation for female agency. These women’s words clearly had monetary as well as epistemic value.

All of these factors help to explain why limits to crediting women endured in eighteenth-century England. These elements of the history of philosophy, economic change, commercial law, and print culture are essential to understanding these limits and, more generally, to recognizing the artificial construction of legal rationality. A fundamental contradiction in jurists’ understanding of women’s humanity influenced the development of legal process and legal doctrine. In case reports and legal treatises, including important works on evidence law, we find that familiar ambivalence about female agency and dependence. This history of the ways in which women have been recognized but doubted, viewed as rational but suspect, can illuminate the broader evolution of the modern law of evidence.

Julia Rudolph

Julia Rudolph, Professor of History, North Carolina State University. Her major publications include *Revolution by Degrees: James Tyrrell and Whig Political Thought in the Late Seventeenth Century* (2002), ed. *History and Nation* (2006), and *Common Law and Enlightenment in England, 1689-1750* (2013). Her books and articles explore constitutional law, gender and criminal law, legal history and legal publishing, forensic science and conceptions of fact and, finally and most broadly, the long history of common law jurisprudence. Many of these themes inform her current research into mortgage, empire, and the history of political economy.

⁶⁴ C. INGRASSIA, *Authorship, Commerce and Gender in Early Eighteenth-Century England: A Culture of Paper Credit*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 12.

⁶⁵ J. RUDOLPH, « Property and Possession », *op. cit.*, p. 123-124; M.C. FINN, *The Character of Credit: Personal Debt in English Culture, 1740-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 25-34, 46-49.

Quelques éléments de la théorie de la preuve dans le *Rationale of Judicial Evidence*

What the logic of the Aristotelian school was to physical science, that science to which for near 2000 years it officiated as a substitute; such are the sciences of morals and legislation, as taught by the application of these verbal principles, to the same sciences as taught by applications made by the principle of utility; by reference, unceasing reference, to experience – experience of pain and pleasure.

J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 1827¹

Si bizarres que soient les 3000 pages des cinq volumes du *Rationale of Judicial Evidence*, par l'originalité de leurs recherches, par les résultats qu'elles obtiennent, par leur écriture dans laquelle Bentham, qui est censé être leur auteur, mêle pourtant sa rédaction à celle de l'éditeur qui rédige des notes et parfois reconstitue ou reconstruit des chapitres entiers à partir de brouillons laissés par le concepteur², si monstrueuses soient-elles par les analyses poussées à un détail extrême et la redondance de certaines d'entre elles, si fascinants que soient leurs aperçus qui font rupture avec l'âge classique et les Lumières, cet ouvrage publié à Londres, chez Hunt et Clarke en 1822, n'en est pas moins un joyau de la littérature juridique et philosophique à peu près totalement méconnu, ou n'est connu que d'un petit groupe de chercheurs qui, sur ce front du moins, s'ignorent les uns les autres. Cette méconnaissance est telle que, non seulement le livre est à peu près introuvable, mais que, lorsque, il y a une ou deux décennies, j'ai voulu le lire à la Bibliothèque Nationale de France, il a d'abord fallu demander aux bibliothécaires d'en découper la plupart des pages : fait rarissime qui prouve au moins que, en presque deux siècles, aucun chercheur français ou venu de quelque point du monde à Paris pour travailler Bentham n'a lu *in extenso* l'ouvrage entre les murs de cette grande

¹ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. I, Londres, Hunt & Clarke, 1827, p. 121.

² C'est le cas, par exemple, dans le vol. III du *Rationale of Judicial Evidence* (J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. III, Londres, Hunt & Clarke, 1827, p. 374). Les cinq volumes ayant été publiés chez les mêmes éditeurs, à Londres et à la même date de 1827, nous nous en tiendrons désormais au titre abrégé *Rationale*, suivi du volume et du numéro de la page pour citer l'ouvrage. Ici, par exemple : *Rationale*, III, p. 374.

bibliothèque³. On expliquera peut-être la désaffection des lecteurs⁴, entre autres raisons, par l'incertitude même du texte ; et il est vrai que nous attendons avec beaucoup d'impatience, le travail que pourra faire dans l'avenir le Bentham Project de Londres sur cet ouvrage de Bentham en reprenant sur de tout autres principes sa publication. Mais le lecteur familier de Bentham, même s'il souhaite une édition plus parfaite, reconnaît aussitôt, à de nombreux traits, les positions déjà adoptées par ailleurs ou repérées dans d'autres livres de l'auteur, et il peut saisir des avancées benthamiennes qui ne vont pas sans faire écho à des ouvrages antérieurs, comme, par exemple, *Not Paul, But Jesus*, écrit et publié au cours de la même décennie.

Nous enquêtons ici sur la nature, l'usage et les règles d'usage de la force de ce qui prouve en droit, en nous appuyant sur le *Rationale* et en prenant, comme l'ouvrage le fait lui-même, les procès de justice comme terrain favori pour explorer la nature de la *probative force*, de la *force probatoire*, comme nous choisissons de traduire l'expression de l'anglais en français. Et déjà nous rencontrons un problème, bien pointé par l'auteur du *Rationale* : non seulement les vocabulaires de la preuve sont disparates au sein de chacune des deux langues – l'anglaise et la française⁵ –, mais ils sont disjoints d'une langue à l'autre et traduire « *probative* » par « probatoire » relève plus d'une décision que d'un acte raisonné de l'entendement. Car « probatoire » a de tout autres connotations que *ce qui appartient à la preuve* ou *ce qui est de l'ordre de la preuve*, qui est pourtant le sens que nous accorderons ici à « probatoire » (alors même qu'il existe « *probatory* » en anglais). Mais, comme nous le suggérons, les difficultés sont aussi internes à chaque langue et elles deviennent plus aiguës à partir de l'âge classique quand la notion de *probabilité* prend un sens mathématique et calculatoire qu'elle n'avait pas au même degré auparavant. La notion de *probabilité* fait entendre la notion de *preuve* puisque, à la lettre, elle semble vouloir désigner ce qui est susceptible de preuve – la probabilité – et indiquer ce qui est probant, ce qui fait preuve ; toutefois, le sens nouvellement mathématique – car il existait auparavant sous d'autres formes, adjectives ou adverbiales, et prenait une forme logique, par exemple – et qui désigne, d'une part, ce qui est de l'ordre de la chance et du degré de chance, d'autre part, ce à quoi on peut accorder une fraction plus ou moins grande de certitude, interfère constamment avec le vocabulaire de la probation. L'équivoque vient de ce qu'une proposition pourrait être probante sans que l'on s'avise de calculer son degré de probabilité ou ses chances d'avoir raison ou d'avoir tort en la défendant.

À ce premier ensemble d'équivoques en correspond un autre, lequel, cette fois, touche à la notion de « force », que le français ne rend que par ce seul mot, alors que l'anglais dispose des deux mots de « *force* » et de « *strength* ». La philosophie naturelle, avec ses premiers essais de dynamique rationnelle (je veux dire : galiléenne, cartésienne, newtonienne et leibnizienne), venait d'ébranler profondément

³ Il faut, toutefois, pour être juste, ajouter à cette anecdote que, depuis quelques années, on trouve aisément le livre sur Internet parmi les e-books gratuitement mis à disposition du public.

⁴ Nous essaierons d'expliquer cette désaffection, plus sensible chez les philosophes que chez les juristes ; même si cette explication n'est pas l'essentiel de notre propos.

⁵ Bentham a repéré ce point, qui est une croix des traducteurs, même si l'on met à part le contresens de traduire « *evidence* » par « évidence » : « *In the word evidence, together with its conjugates, to evidence, evidencing, evidenced, evidentiary, the English language possesses an instrument of discourse peculiar to itself: at least as compared with the Latin and French languages. In those languages the stock of words applicable to this purpose is confined to the Latin verb probate and its conjugates: a cluster of words with which, as just observed, are peculiar to itself* » (*Rationale*, I, p. 17).

les acceptions anciennes, *grosso modo* aristotéliennes, de la notion, déplaçant ses obscurités plutôt que les résolvant, et les remplaçant par un certain symbolisme qui se rapporte au temps, à l'espace, aux masses, et qui les met en relation entre elles. Or la question s'est vite posée de traiter du psychisme et des affaires psychiques – linguistiques, représentationnelles, imaginatives, affectives – en termes de *force* ou de *strength*, sous-tendant les significations de ces actes ou groupes d'actes. La force peut-elle prendre des acceptions recevables quand elle traite de questions psychiques ? Sa notion permet-elle de résoudre des difficultés ou n'introduit-elle pas les siennes propres et tout particulièrement celles qu'avaient soulevées les dynamiciens des siècles précédents : la notion de *force* résout-elle le relativisme spatio-temporel de la physique classique ou est-elle elle-même une notion relative ? La transposition de ces questions de philosophie naturelle à notre sujet des preuves juridiques n'est que trop évidente : de quel point de vue faut-il ordonner les forces pour les rendre commensurables entre elles ? La réponse de Bentham sera qu'il faut le faire du point de vue du juge qui occupe la place centrale du « panoptique » judiciaire.

Mais le problème dynamique, s'il est déjà délicat en physique où il s'agit d'articuler des forces sans doute très différentes les unes des autres, bute en droit sur un point que n'avait pas lieu de rencontrer le philosophe de la nature. Dans le domaine du droit, la force n'est pas seulement factuelle et destinée à rendre raison de phénomènes que l'on met en ordre ; elle est aussi de l'ordre du devoir et de la norme⁶ : quelle force faut-il accorder, dans un procès de justice, à tel argument, à tel témoignage ? Quelle doit être son autorité ? On ne parlerait pas de l'autorité de la gravité ou de celle de l'inertie. Toutefois, en voulant faire la dynamique de l'argumentation et des témoignages en droit, ne risquons-nous pas de mêler l'*être* et le *devoir être* ? Poser le problème ainsi en écartant l'un de l'autre et en protestant quand ils sont confondus, c'est déjà le biaiser et ne pas comprendre la nature du *savoir pratique* qui se développe dans le droit. Le devoir, comme l'a bien montré G. Moore au début du ^{xx}e siècle, ne se pose pas forcément dans les termes kantien. Il vaudrait mieux faire ressortir que les vérités dont il s'agit en droit sont des vérités pratiques et que le problème est alors de savoir sur quoi on a prise plus que de prétendre connaître la nature des choses. Il s'agit de comprendre qu'un savoir pratique n'a pas les mêmes propriétés qu'un savoir purement théorique, si tant est qu'il puisse en exister ; ce qui ne le rend nullement inférieur, tout au contraire⁷. Bentham est nourri d'une tradition de réflexion sur les probabilités, ce qui le met en porte-à-faux avec ceux qui les ignorent radicalement dans leurs discours juridiques. Aujourd'hui encore : le principe de précaution, qui ignore les probabilités et leur calcul, fait attention à tout sauf à lui-même et à ses propres dégâts.

Enfin, nous ne pouvons pas nous embarquer dans la question de la nature des preuves en droit sans signaler un fil rouge qui va courir d'un bout à l'autre de notre propos. Le *Rationale* est, de part en part, une variation sur le thème des fictions, même s'il n'en est pas explicitement question à toutes les pages. La fiction est impliquée sous toutes ses formes et sous toutes ses acceptions dans cette réflexion sur

⁶ Quand bien même la notion de *loi* embrouillerait les deux domaines comme l'a bien vu Bentham.

⁷ On sait que Platon tenait ce qu'il appelait l'*orthodoxa*, le savoir pratique, pour supérieur à l'*épistémé*, au savoir épistémique – que la tradition, issue d'une lecture exclusive de la *République*, prétend être – en simplifiant abusivement – la science suprême du platonisme.

la preuve ; pas seulement pour être dénoncée, mais aussi pour y jouer un irremplaçable rôle rationnel. Nous allons voir comment l'inspection de la notion de *preuve*, que le droit partage avec les sciences mais sur un mode tout à fait autonome, infléchit la théorie des fictions que l'auteur avait déjà rodée dans le domaine des affaires juridiques⁸, des questions scientifiques⁹, et qu'il a mise au point, dans la même décennie où il écrit le *Rationale*, dans les questions religieuses¹⁰. Il nous appartiendra de considérer non seulement comment la théorie des fictions s'immisce dans le domaine de la preuve, mais comment la réflexion sur la preuve change la théorie sur des points essentiels et ne se contente pas de l'accompagner ou d'en être accompagnée.

I. LA RATIONALITÉ DES TÉMOIGNAGES

La matière même des procès de justice consiste en témoignages. Sans doute, au procès, est-il possible de convier des témoins qui ont été des témoins directs, mais le juge et ceux qui sont présents pour l'assister n'ont jamais été les témoins directs du fait qui va les amener à décider si l'inculpé est coupable ou ne l'est pas. C'est à travers des récits, parfois convergents, parfois contradictoires entre eux, que le procès constitue le fait qui est définitivement passé et qui, à jamais, n'existe plus s'il a pu exister.

Sans doute existe-t-il, rarement, des preuves directes ; et quand elles existent, elles ne le restent pas longtemps, puisque ce qui est vu ou entendu devient presque aussitôt souvenir de ce qui a été vu ou entendu et souvenir de plus en plus lointain ; ces preuves directes sont fugitives : il faut un récit pour les porter et les vivifier¹¹ ; bref : prouver sa preuve, chercher des éléments probants pour la chose à prouver, prendre un fait pour se rapporter à un autre fait, à la façon dont un signifiant se rapporte à un signifié. Du coup, pour prouver le fait qui aimante tout le processus des preuves, il faut produire et collecter d'autres faits, soit aussi volatils que lui, soit un peu plus stables, mais toujours indirects. Et indirects à plusieurs degrés, c'est-à-dire se rapportant les uns aux autres – comme des preuves de preuves¹² – en une construction qui, loin de se renforcer, risque parfois, par cette accumulation de médiations, de s'affaiblir.

Il en résulte plusieurs conséquences. La *première* – et la plus évidente – est que le régime de vérité d'un témoignage ne saurait être le même que celui d'une preuve

⁸ Dans les innombrables œuvres que Bentham a déjà écrites dans ce domaine avant 1827.

⁹ Dans *Chrestomathia* essentiellement.

¹⁰ Nous pensons principalement à ses recherches sur Saint Paul qu'il a publiées en 1823 chez Hunt, c'est-à-dire chez le même éditeur qui publiera, quatre ans plus tard, le *Rationale*.

¹¹ *Rationale*, III, p. 271, note : « *Evidence is the ground we have for the truth of the propositions of which we are least assured: evidence, and nothing better, is the ground we have for those facts, of the existence or non-existence of which we take upon us to speak with the greatest confidence. What there is of reality in the ideas expressed by such words as impossibility, necessity, certainty, is, as already observed, not any property in the things, in the facts themselves, but only the degree of persuasion by which the opinion we entertain in relation to those facts is accompanied. He who, by the use of any of these expressions of confidence, should think to attach any additional strength to the grounds of persuasion, or any additional security for universality of assent, would be the man to answer the question put in Scripture – "Which of you all, by talking thought, can add a cubit to his stature?"* ».

¹² Comme les appelle Bentham, dans le *Rationale*, III, p. 554.

directe. Autant du second type de vérité, on peut dire qu'il est directement conforme ou non conforme aux faits (dans le cas où l'on voit mal ou dans le cas où, par une sorte de dénégation, l'on ne veut pas voir ce qu'on voit), autant la vérité du premier type ne saurait plus être directement celle du fait lui-même, mais indirectement en dépendant de la qualité ou/et des déficiences du récit lequel peut être mensonger, trompeur, mal rapporté par quelqu'un qui s'est trompé en croyant avoir vu ou entendu ce qu'il n'a pas vu ou entendu ou dont l'émotion a rempli, sans qu'il s'en aperçoive, les failles des perceptions ; cette dernière vérité ne peut plus se rapporter directement au fait sans faire un détour par la valeur intrinsèque du témoignage, le *verum* n'étant plus alors *adaequatio rei et intellectus*, mais *index sui* dont le rapport transcendant à l'objet fait problème. Ou, plus exactement, l'adéquation du discours à la chose ou de l'intelligence à la chose est inférée à partir de récits dont il faut apprécier la valeur. C'est de l'appréciation de leur valeur intrinsèque que les discours vont gagner, par leur concours ou par la mise en scène de leur concurrence entre eux, l'équivalent d'une transcendance, d'une sortie à l'extérieur d'eux-mêmes vers la chose, comme s'il se fût agi d'un discours sur la chose elle-même ; alors que l'on sait pertinemment que la chose n'est pas possible.

Le problème n'est pas d'avoir vu : il est sûr que ceux qui statuent sur une culpabilité, sur la détermination d'une peine ou sur une innocence, n'ont jamais été témoins directs des faits qui occasionnent la décision. Il est celui du crédit que l'on peut faire au récit du témoin qui a vu ou qui prétend avoir vu. Peut-on faire confiance au témoin ? Tel témoin est-il plus fiable que tel autre quand l'un rapporte autre chose que l'autre ? Est-il plus raisonnable, moins passionné, plus instruit, moins partial ? Ce qu'il dit est-il davantage conforme aux lois généralement admises comme étant celles de la nature que ce que dit celui qui s'oppose à lui ? Contient-il des contradictions internes ? Des impossibilités ? De fortes improbabilités ? Est-il poussé par l'intérêt à dire ce qu'il dit ? N'est-ce pas la haine de l'accusé qui l'inspire ? Ou l'horreur des faits qui lui fait projeter la culpabilité sur un auteur, quel qu'il soit ? Bref, on voit que, si toutes ces considérations ont un rapport, plus ou moins lointain mais indispensable, avec le fait qu'il s'agit de juger, aucun n'est en rapport direct avec le fait ; aucun ne peut se substituer à lui et il est entièrement reconstruit. Les yeux du juge sont les yeux des témoins¹³ ; plus exactement, c'est son imagination qui, sous le contrôle critique de son entendement et de sa volonté, fantasme ce qu'il n'a pas pu voir, reconstitue en l'équivalent d'une scène complète ce qui lui est livré par fragments et selon des perspectives dont la limitation est plus indépassable encore qu'elle l'est chez le percevant ordinaire qui se projette de toutes sortes de façons dans le spectacle qui l'entoure et qui a toujours l'illusion de pouvoir se figurer savoir comment il verrait les choses s'il était situé en un autre point pour les voir. Le juge doit se contenter de ce qu'on lui dit et de ce qu'il arrache par le discours. Ce qui ne veut pas dire que le juge soit plus mal placé que le percevant d'un spectacle ordinaire pour décider de ce qu'il voit. Celui qui, à loisir, peut saturer sa perception de points de vue qu'il pourrait prendre, peut être victime d'illusions plus graves que celles du juge dont la vision est un archipel sporadique de visions et une construction dont il n'est pas dupe, d'autant que, pour peser ce qu'on lui dit avoir vu, il faut toujours faire contrepoids avec la possibilité que d'autres

¹³ Bentham invoque parfois une véritable identification du juge aux yeux du témoin : « *the functions and characters of percipient witness and judge are united in the same person* » (*Rationale*, I, p. 251).

aient vu tout autre chose ou quelque chose d'incompatible avec ce qu'on prétend avoir vu.

Pour conclure ce premier ensemble de conséquences, on remarquera comment la fiction entre dans le jeu des témoignages : tout se passe comme si leur complémentarité, mais aussi leur disparité, permettaient plus ou moins l'équivalent de la position d'un fait, dont on n'aura jamais la certitude. La balance interne de discours concernant un fait paraît autoriser la position plus ou moins probable du dit fait.

Mais il faut prendre en compte une *seconde* conséquence. On a répété, tout le long du XVIII^e siècle, puisque Craig en a même conçu une loi, reprise ou peut-être inspirée par Locke qui est l'un des premiers grands philosophes des probabilités¹⁴, que la valeur des témoignages tendait inexorablement vers un amenuisement jusqu'à une perte totale de vérité. Par une sorte de préjugé sensualiste, on estimait que le maximum de vivacité se trouvait dans la contemporanéité avec l'événement auquel on avait assisté, et que le passage de témoins en témoins, surtout par voie orale – puisque la voie écrite ralentissait un peu le processus –, quand bien même il eût été effectué, à chaque fois, avec le même degré de fiabilité, et quand bien même ce degré fût élevé, connaissait un affaiblissement inéluctable de valeur. Bentham reprend cette loi¹⁵, non sans la relativiser radicalement¹⁶ ni sans lui adresser une critique décisive inspirée de la théorie berkeleyenne de la perception : la perception est, elle aussi, pleine d'illusions et la position d'objets hors des impressions que nous en avons est la principale d'entre elles¹⁷. En d'autres termes : l'existence

¹⁴ Je n'ai, pour ma part, jamais pu décider lequel des deux auteurs avait imité l'autre ; toutefois les formules qu'ils utilisent l'un et l'autre sont tellement semblables et si scrupuleusement identiques sur des points essentiels, qu'il faut que l'un ait copié l'autre ou se soit entendu avec l'autre. Voir mon article « La réflexion mathématique et philosophique du témoignage chez Locke, Craig et Hume » (*Dix-huitième siècle*, n° 39, 2007, p. 39-61 [<https://doi.org/10.3917/dhs.039.0039>]), et « La révolution du témoignage dans le calcul des probabilités. Réflexion sur l'*Ars conjectandi* » (*Journ@l Électronique d'Histoire des Probabilités et de la Statistique*, vol. 2, n° 1b, Actes du colloque J. Bernoulli (Paris, 2005), novembre 2006, p. 1-20 [www.jehps.net/Novembre2006/Clero3.pdf]).

¹⁵ Bentham reprend implicitement l'argumentation de Craig : « *Between the mouth of the percipient witness and the ear of the judge, any number of mouths may have intervened; of which that one, by which the statement was conveyed, without the intervention of any other, to the ear of the judge, is the mouth of the deposing witness. For every one of these intervening mouths, the evidence, it is manifest, cannot but lose a proportionate share of its probative force. In like manner, between the pen of a percipient witness and the eye of the judge, may intervene any intermediate number of pens. Like loss of force for every intervening pen as for every intervening mouth; though not in equal degree from the intervention of pens, as from the intervention of mouths* » (*Rationale*, I, p. 68). « *The more mouths a narrative has passed through, the less trustworthy it is universally understood to be: the more copies have been taken the one from the other of a written original, the less trustworthy the last of them is understood to be* » (*Rationale*, III, p. 229).

¹⁶ « *Of circumstantial evidence, by way of argument in proof of the superiority of its probative force over that of direct evidence, it has been said that it cannot lie. But it is only of certain modifications of circumstantial evidence that the proposition is true* » (*Rationale*, III, p. 250). « *All human testimony is nothing more than a high probability; and it is true that circumstantial evidence in one case may produce a higher degree of it, or more nearly approach to certainty, than direct and positive evidence in another* » (*Rationale*, III, p. 255). Il reconnaît donc que, dans certains cas, la probabilité d'une preuve circonstancielle peut être supérieure à la probabilité d'une preuve directe.

¹⁷ « *This is so true, that, of a body of evidence (say the testimonial evidence of an individual deposing in the character of one who was at the time in question a percipient witness of the matter of fact in question – of a body of evidence, delivered in the character of direct evidence, – it is very*

d'une réalité transcendante d'objets au-delà de nos sensations ou de nos impressions est usurpée et elle n'est pas plus sûre que ne sont certains récits que nous en faisons, en accumulant leurs strates comme autant de niveaux de fiction. L'inférence des faits comme s'ils étaient des choses existant au-delà des perceptions que nous en avons ne peut guère gagner un autre statut que celui d'une fiction. D'ailleurs, dans la théorie berkeleyenne de la perception comme dans la théorie benthamienne des fictions, le langage joue une partie décisive qui permet au percevant de croire qu'il a affaire à des objets hors de lui, et à celui qui utilise des entités fictives de poser une transcendance aux objets dont il parle. Dès lors, pourquoi l'observation dite « directe » serait-elle plus fiable et devrait-elle jouir de plus de réalité que les inférences des preuves dites « circonstancielles » ? Est-elle une preuve moins inférentielle pour se croire plus immédiate que les preuves qui se donnent d'emblée comme inférentielles ? La distinction des preuves directes et indirectes risque alors d'être plus rhétorique que réelle, en dépit d'un certain nombre de déclarations de Bentham lui-même. En termes husserliens qui parlent peut-être plus à nos contemporains, on pourrait bien faire valoir un déclin de toutes les perceptions en souvenirs, comme dans le fameux diagramme des *Abschattungen* des *Leçons sur la conscience intime du temps* ; mais les points vifs ou supposés vifs censés être les points de départ des *Abschattungen* sont eux-mêmes des inférences¹⁸. Et l'on voit alors s'infléchir et presque s'inverser le sens dans lequel la preuve pourrait être fictionnelle : l'entité réelle n'est pas aussi irréversible que le supposait Craig. La notion de fiction implique une espèce de réversibilité que le premier type de conséquences niait trop rapidement. Ce à partir de quoi on prétend que les récits dérivent en fictions de divers ordres n'est pas moins fictif que ces strates de récits mêmes.

Est-il possible de tenir les deux conséquences en même temps ? Le fait qu'il faille s'appuyer sur les récits pour viser quelque chose de réel, qui serait le « fait-socle » à partir duquel se déploie le jeu des fictions, peut bien impliquer une certaine réversibilité entre ce qui est tenu pour réel et ce qui est tenu pour fictif ; il n'empêche que le mouvement se déploie sur fond d'irréversibilité, puisque le *factum probandi* n'est pas le *factum probans*. C'est bien autour de l'axe de visée de ce qui est à prouver que se déploie la preuve. Une téléologie aspire tout le mouvement de la preuve pour le faire fonctionner en vue de l'établissement d'un fait qui a disparu et dont plus personne ne sera le témoin direct.

Il semble toutefois assez difficile d'éviter une antinomie sur ce point : si, dans la thèse comme dans l'antithèse, on ramène ce qui se passe pour les preuves circonstancielles à ce qui se passe pour les preuves directes, on ne le fait pas pour les mêmes raisons mais pour des raisons croisées. Ainsi, dans le vol. III du *Rationale*, Bentham fait valoir la thèse que la preuve directe ne requiert pas d'inférence, tandis

rare that, upon examination, the whole would be found to consist of direct, without any admixture of circumstantial evidence. Simple perception is the operation of sense; inference is the operation of the judgment. But, by the most constantly in exercise of all the senses, viz. sight, it is seldom that any belief of any matter of fact is produced, but that the judgment has been more or less at work in the production of it. (See Berkeley's Essay towards a new Theory of Vision) » (Rationale, III, p. 6).

¹⁸ On voit ce renversement dans les lignes suivantes : « *But all evidence, which, in its way, from the source of evidence to the senses of the judge, has passed through the lips or the pen of a human being, is no less susceptible of that pernicious quality than direct evidence is. And in this situation are all the remaining modifications of circumstantial evidence, (real evidence itself not excepted), when, by having passed through the lips or pen of a deposing witness, it has sunk into the state of supposed real evidence reported » (Rationale, III, p. 250).*

que la preuve indirecte ou circonstancielle se compose d'inférences, avec le risque que, parmi elles, s'en glisse une qui soit fallacieuse¹⁹. Après avoir dit que la preuve directe ne pouvait pas mentir, et que, dès qu'elle est écrite, elle relevait de la « *supposed real evidence* », alors qu'il est à la portée de tout le monde de déformer en sa faveur une preuve circonstancielle²⁰, il ajoute que, « en réalité, il n'est pas plus facile pour les preuves circonstanciennes d'être fallacieuses et mensongères, parce qu'elles sont diverses, qu'elles émanent de nombreux témoins qui ne sont pas situés de la même façon par rapport à l'événement rapporté²¹ ». Du coup, il y a peu de risques qu'elles nous trompent, car il faudrait un très improbable « complot des témoins ». Ainsi, le sort de la preuve circonstancielle est ramené à celui de la preuve directe dont la fausseté n'est pas facile. Mais, à rebours, l'antithèse, dont nous venons de voir le contenu berkeleyen, insiste sur le caractère fallacieux de la preuve directe et montre qu'elle partage ce trait avec les preuves circonstanciennes. Cette antinomie n'est pas exhibée dans le texte, mais il est clair que c'est – comme nous le verrons – à un autre usage de la fiction qu'il faudra recourir pour la résoudre, car elle n'est pas résolue à la manière kantienne, ni laissée béante sans solution.

II. LES DIVERS TYPES DE PREUVES. LA PLACE DES PREUVES JURIDIQUES PARMİ ELLES

Mais avant de résoudre cette antinomie dans le cadre de la théorie des fictions que Bentham met en œuvre tout le long de son immense travail, dès le début de sa vie jusqu'à sa fin, il nous faut regarder comment, en droit, les preuves tiennent au langage. Car la preuve n'a pas exactement les mêmes propriétés en logique, en mathématiques, en physique et en droit : on ne prouve pas en sciences, comme on prouve en droit ; et on ne prouve pas dans une science empirique comme dans une science qui ne l'est pas, même si toute preuve se rattache intimement aux entrailles du langage. Encore que le rattachement intime de toutes les preuves au langage leur donne un certain nombre de traits communs. C'est ainsi que le langage, qu'il soit symbolique ou vernaculaire, qu'il serve une science *a priori* ou une science empirique, objective ce dont il parle et paraît le détacher, lui donner une transcendance, se posant en rapport de description à son égard et masquant qu'il l'a constitué. En mathématiques, le langage paraît s'installer comme décrivant et déterminant des objets, alors même qu'il n'y a pas d'objets mathématiques et que $2 + 2 = 4$ ne fait qu'énoncer une propriété des mots pour le dire²², sans aucune transcendance, en dépit du désir que l'on a d'en poser le contenu en dehors de la proposition qui l'énonce. Les propositions mathématiques, loin de faire une synthèse entre le discours et quelque chose d'autre, ne font qu'énoncer des propriétés du langage. Les propositions empiriques fonctionnent différemment. D'abord, comme chez Hume, il est clair qu'elles n'expliquent rien des phénomènes qu'elles considèrent

¹⁹ *Rationale*, III, p. 249.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Rationale*, III, p. 251.

²² Bentham soutient cette thèse dans le *Rationale*, III, p. 275-276 ; elle est sans doute vraie, mais elle requiert, pour être établie, une démonstration redoutable de difficulté que ne fait pas Bentham.

mais qu'elles ne font que les déterminer plus ou moins, avec plus ou moins de précision, mais sans jamais dire ce qu'en est l'essence – si d'ailleurs il y a lieu d'en chercher une, car le langage est dupe de lui-même dans l'expérience, même sensible : il constitue, le plus souvent sans le savoir, dans la sensibilité même, comme objet, ce qu'il structure. Il y a donc, à l'intérieur du langage, dans sa sémantique, dans sa syntaxique, des forces dont le jeu intime est susceptible d'expulser, comme à l'extérieur de lui-même, les objets dont il paraît faire état comme s'il ne les avait pas constitués.

Sans doute n'y a-t-il aucune raison pour qu'il en aille autrement en droit. Bentham s'arrête longuement sur la fameuse phrase de Locke, selon laquelle, il n'y a pas de propriété avant que le droit ne la définisse et ne la détermine. Si le droit feint de décrire une propriété qui le précède et paraît délimiter ou définir ses usages, en réalité il instaure et structure des modes de comportement qu'il paraît poser à l'extérieur de lui alors qu'ils ne font qu'en dépendre intimement. Si l'on venait à en douter, il suffirait de considérer la pluralité des droits qui est plus grande encore que la pluralité des langues. Il ne s'agit donc pas de contester que c'est le jeu intime des forces au sein des diverses langues et parfois même au sein de chaque langue, qui contribue à confectionner la consistance des notions juridiques comme si elles avaient une teneur et une substantialité par elles-mêmes. Mais, connaissant la gamme des attachements des preuves au langage, et n'ignorant pas qu'il est particulièrement difficile – lorsqu'on sort des définitions *in abstracto* – de distinguer les preuves qui sont intimes au langage des preuves qui sont plus extérieures, Bentham décide de s'intéresser, dans le texte du *Rationale*, plutôt aux forces qui sont les moins intérieures ou les plus extérieures. Encore une fois, ce n'est pas que les forces intérieures de la preuve n'existent pas, mais elles n'intéressent pas Bentham dans ce texte. Certes, on compte sur le langage pour créer la faute, laquelle, d'ailleurs, n'a pas forcément lieu de la même façon dans le droit français et dans le droit anglais, par exemple. Mais les questions linguistiques, quand bien même elles seraient importantes, n'épuisent pas les questions de force posées par le *Rationale*.

Ce n'est pas exactement un point de rupture avec Locke, même s'il déclare fermement :

*Of moral science, the only true and useful foundations are propositions enunciative, not, like that of Locke, of the import of words, but of facts*²³.

Il est certain que le langage constitue des faits par l'acte de narrer. Mais c'est, ici, la disposition des éléments de narration qui intéresse Bentham. La force probatoire (*probative force*) n'est pas seulement une force linguistique, même si celle-ci est importante dans la constitution des faits – car il est sûr qu'aucune langue ne constitue des faits comme une autre – ; mais cette constitution a aussi d'autres principes : comment répartir les forces du point de vue du juge ? Quel est l'éloignement de tel élément de preuve par rapport au projet global de s'assurer d'un fait ? Car il est rarissime que l'on s'assure d'un fait par un seul élément de preuve. Comment

²³ *Rationale*, III, p. 273. En ajoutant un commentaire assez étonnant quand on connaît la philosophie benthamienne des passions : « viz. of the existence of human feelings, pains, or pleasures, as the effects of this or that disposition of law, or of this or that state of human affairs calling for a correspondent disposition and exercise of the power of the law. Of these, under the name of axioms of mental pathology, a specimen, nor that a scanty one, has been given in an other place. (See Dumont, "Traité de Législation") ». Mais ce point se trouvera éclairci par la suite de notre propos quand nous aurons compris comment la théorie des fictions rend compte des passions, précisément dans son texte des *Axiomes de pathologie mentale*.

rattacher les éléments les uns aux autres ? Comment évoluent-ils dans la constitution du dossier jusqu'au procès ? Au cours du procès ? Que se passe-t-il pour l'ensemble de ces articles au moment de la décision ? Il est clair que le langage n'est pas la seule instance qui explique les questions précédentes, les rendit-il possibles. Une stratégie logique, mathématique, affective, psychologique, ne saurait se réduire à des stratégies linguistiques même si elle les suppose de part en part.

C'est ainsi qu'il ne faut pas dire « impossible » là où « improbable » est le mot qui convient. L'impossible est une catégorie qui affecte la possibilité même du discours : il est impossible que « 2 + 2 » fasse autre chose que 4 ; ce qui n'empêche pas l'impossibilité de paraître affecter les objets mêmes²⁴. Même si c'est à tort, car c'est à tort que l'impossible paraît imposer sa loi aux choses²⁵, il paraît néanmoins pouvoir se décréter sur le monde ou sur le compte des objets sans sortir du langage. En revanche, l'improbable (qu'un événement se produise ou qu'il ne se produise pas), même lorsqu'il est de degré extrêmement élevé, est toujours susceptible d'un accroissement, si infime soit-il. Si l'improbabilité n'a de sens que par le langage – comme nous le verrons²⁶ –, il lui faut, pour être établi, viser, du point de vue du langage, quelque chose qui n'est pas de l'ordre du langage : « *The improbability of an alleged fact consists in its deviation from the established, and (as supposed) unvaried and invariable, course of nature* ». Certes, le cours de la nature n'est qu'une construction, une inférence, effectuée à partir de faits semblables établis par la répétition d'expériences – qu'elles soient faites par nous ou par d'autres – qui, sans faille, paraissent donner le même résultat ; mais l'expérience reste ouverte et rien n'empêche qu'un résultat vienne diverger ou ait divergé par rapport au résultat qu'on a pris l'habitude d'attendre. Il n'y a, en ce sens, jamais de « violation de loi de la nature », comme Hume a osé l'écrire à propos du miracle en pleine contradiction avec sa propre philosophie ; car toute loi est ouverte à des événements et des phénomènes qui pourraient la contredire²⁷.

²⁴ *Rationale*, III, p. 343 : « *Impossibility, it may be said, is a property that may with propriety be ascribed to the fact itself* ».

²⁵ De ce point de vue – qui n'est pas le seul possible –, l'impossible, en dépit des apparences, ne se distingue guère de l'improbable : « *It is only by a sort of misconception and verbal illusion, that such attributes as necessity, impossibility, probability, improbability, are considered and spoken of as if they were attributes and properties of the events themselves. The only sort of fact of which they are really and truly indicative, is the disposition of our mind, of our own judgment, to be persuaded, with a greater or less degree of assurance, concerning their existence or non-existence; to entertain an assurance, more or less intense, that, at the place in question, at the time in question, the fact in question was or was not in existence* » (*Rationale*, III, p. 381).

²⁶ Et comme le démontre Bentham.

²⁷ En *Rationale*, III, p. 264 *sqq.*, Bentham accommode ce discours avec les divisions ordinaires des logiciens : « Si sa persuasion [la persuasion de cet homme] est ressentie comme étant de force (*strength*) telle qu'aucune circonstance susceptible d'être ajoutée ne puisse ajouter une force (*a strength*) au contenu du fait supposé (*supposed matter of fact*), quand on considère ce contenu ; ou si, en considérant autour de lui d'autres contenus de fait concevables, il ne parvient pas à en trouver un qui puisse être plus intense ; impossible est alors l'épithète qu'il attache au contenu du fait supposé – l'impossibilité est la qualité qu'il lui attribue. Si, d'autre part, une circonstance se présente, par laquelle, en considérant la question, une addition pourrait être faite à l'intensité d'une telle persuasion qui ne dispose pas à l'affirmation (*disaffirmative*) ; ou si le contenu de fait supposé se présente comme se rapportant à cette persuasion de sa non-existence, puisse être encore plus intense ; en ce cas, l'épithète n'est pas impossible mais improbable – et la qualité qu'on lui attribue n'est pas l'impossibilité mais l'improbabilité. La certitude, qui est l'opposé de

L'importance de la différence entre l'impossibilité et l'improbabilité est décisive dans un procès de justice. Autant on ne peut invoquer une impossibilité devant un tribunal, que ce soit à titre de preuve ou de contre-preuve, autant il est possible – même s'il n'est pas toujours très convaincant – d'invoquer l'improbable ; en particulier pour se défendre, car il serait incroyablement difficile de jouer une accusation sur un trop fort degré d'improbabilité ou sur une probabilité trop faible²⁸. Invoquer un fait improbable ne peut servir qu'à semer le doute, qu'à corriger une certitude entière pour montrer qu'on ne saurait l'invoquer. Ainsi, la structure de l'impossible est très différente de la structure de l'improbable ; et ils ont beau tous deux être des produits du langage qui n'auraient pas de sens sans lui, il faut, dans le cas de l'improbabilité, le rapport à une autre expérience que celle du langage.

Dans le *Rationale*, Bentham analyse les modes complexes et composites selon lesquels le témoignage est avancé pour accuser ou pour se défendre. Tels sont l'interrogatoire, le contre-interrogatoire, au cours desquels on peut faire que celui qui leur est soumis se rappelle les événements, confesse son implication partielle ou entière dans un fait, avoue sa faute ou son crime, jure qu'il n'est pas impliqué dans telle ou telle affaire, invoque un alibi, se montre convaincant ou hésitant dans son discours. Certes, tous ces actes sont des actes du langage qui, du moins, ne sauraient être envisagés sans lui, mais il serait très insuffisant de s'en tenir là parce que le langage dans une confession, un aveu, un alibi, n'a de sens que dans des circonstances données dont chacune des classes où on les situe a sa structure : le rapport au fait, ce qu'on imagine su par les autorités policières ou administratives, la façon dont on va avancer le discours, les raisons psychologiques qui poussent à cette façon plutôt qu'à telle autre, la psychologie que l'on imagine être celle de l'interro-

l'impossibilité, ou plutôt dont l'impossibilité est l'opposé, s'applique à la persuasion et de là au contenu supposé du fait. Elle ne s'applique pas plus que l'impossibilité au témoignage et elle n'y est pas plus applicable. Comme la certitude, l'incertitude s'applique de même à la persuasion et au fait, non pas au témoignage. De l'échelle de la persuasion, elle embrasse tous les degrés sauf les deux extrêmes. L'existence d'un fait n'est pas pour moi une question d'incertitude si le fait est, par moi, considéré comme impossible. Par conséquent, la certitude a pour opposé, l'incertitude, d'une part, l'impossibilité d'autre part. Dans le langage des logiciens, l'incertitude est son opposé contradictoire ; l'impossibilité, son opposé contraire ». [*Contraire et contradictoire* ne sont pas synonymes en logique : lorsque deux propositions universelles s'opposent uniquement du point de vue de la qualité, elles sont contraires : « tout homme est mortel » / « aucun homme n'est mortel » ; lorsque des propositions sont contradictoires, elles diffèrent à la fois en qualité et en quantité : « tout homme est mortel » / il existe un homme – ou des hommes – qui n'est pas – ou ne sont pas – mortel(s)].

²⁸ *Rationale*, III, p. 350-351 : « When I have to choose between believing a common, and believing an uncommon, event, I believe the former, in preference to the latter; Why? Because in the very words which I make use of, it is implied, that the event called common has hitherto been of more frequent occurrence than the event called uncommon: and to suppose that, having been hitherto more frequent, it will continue to be so, is only to believe, what all experience testifies, that the course of nature is uniform. The conclusion seems to be, that, in support of a persuasion of the impossibility of any fact, the best and utmost proof which the nature of the case admits of, is the indication of its disconformity with some class of facts indicated by those proportions which, for the convenience of discourse, have been received under the appellation of laws of nature: and that such proof, so given, of such disconformity, may, with propriety, be referred to the head of circumstantial evidence. Certainty, absolute certainty, is a satisfaction which on every ground of inquiry we are continually grasping at, but which the inexorable nature of things has placed for ever out of our reach ».

gateur, celle que l'interrogateur imagine de celui qu'il interroge. Une analyse montrerait même que, outre les raisons psychologiques qui peuvent jouer en tous sens, une grande partie de l'efficacité de l'alibi tient à ce qu'il s'arc-boute sur des lois physiques. Si je parviens, par exemple, à montrer que j'étais très éloigné du point auprès duquel, à telle heure, je suis censé avoir commis un délit, je puis, par là, convaincre de mon innocence. Le droit n'a jamais affaire à des actes qui seraient purement logiques ou purement linguistiques ; ces actes sont nécessairement impurs, mêlés de calculs, de physique, de psychologie, de moralité, de considérations éthiques, de valeurs de toutes sortes, extrêmement variables et dont l'enquêteur n'a parfois aucune idée ni aucune expérience propres. Ce qui fait toute la difficulté du rapport de ces actes au langage, qui est à la fois intégral – lorsqu'il s'agit d'actes qui font « performance », comme jurer, confesser, avouer et radicalement insuffisant, c'est que ce que dit Cavaillès de la science – savoir que les expériences auxquelles se rapporte une théorie lui sont à la fois radicalement internes et externes comme dans un espace riemannien – est aussi vrai du droit. Les preuves sont à la fois constamment tendues vers des faits extérieurs et n'obéissent qu'à une loi interne : celle de la recherche de ce qui s'est passé au niveau du fait qui donne lieu au jugement.

Ce qui fait la difficulté particulière de la preuve en droit, c'est qu'elle doit rationnellement prendre en compte des éléments qui n'ont rien de rationnel. Si un alibi, pour compter, a intérêt à l'être, si un aveu, pour être pris au sérieux, doit être complet et cohérent, en revanche, pour expliquer un fait ou pour l'éclairer, on peut être amené à prendre en compte des croyances qui ne sont pas toutes rationnelles. Les croyances qui doivent être prises en compte ne sont pas toutes du type de celles que requièrent les lois physiques. Dans une psychologie de la croyance qui n'est pas sans rappeler celle qui résonnera encore, à l'autre bout du siècle, chez Nietzsche²⁹, Bentham note que le croyant peut se faire un mérite de croire quelque chose d'absurde : c'est même de cela seul qu'il peut se faire mérite. On ne se fait guère un mérite de croire en la régularité du cours du monde ; mais : moins quelque chose est crédible, plus on peut se faire un mérite du sacrifice de son intellect. Ce sacrifice est une façon, pour l'ignorant, de s'arroger du pouvoir par rapport au savant, à celui qui est plus instruit que lui, et devant lequel, par une sorte de sublimation dévoyée, il refuse de s'incliner – ce qui abaisse devenant ainsi une suprême force. Par un étrange tour de la raison, il faut que la raison tienne compte de ce qu'il y a de plus irrationnel dans la croyance qu'elle pèse.

C'est bien ce qui distingue les faits psychologiques des faits physiques : ils sont beaucoup moins faciles à observer. La notion de conformité n'a à peu près aucun sens pour ce qui les concerne³⁰ et, s'il faut discerner des lois qui règlent les phénomènes psychiques, on ne peut se contenter, à leur égard, que de considérations

²⁹ Quand il s'interrogera sur la psychologie de la croyance d'un Saint Paul (*L'Antéchrist*, § 41) ou d'un Pascal (*Par-delà le Bien et le Mal*, aph. 46).

³⁰ « For expressing the conformity, the uniformity, observable amongst physical facts, laws of nature have been long ago laid down, as above observed. To the purpose of denoting conformity among psychological facts, the application of that fictitious mode of speech appears not to have been ever yet extended. The cause of this difference is obvious. Amongst psychological facts, no such close conformity is commonly observed as amongst physical facts. They are not alike open to our observation; nor in so far as they have happened actually to be observed, has the result of the observation been such as to warrant the supposition of degree of conformity equally close » (*Rationale*, III, p. 380).

statistiques qui ne donnent aucune indication individuelle et rendent les prévisions et les supputations très incertaines.

Reste le problème : comment s'organise cette surface riemannienne où l'intérieur et l'extérieur sont indécidables ? Qu'est-ce qui fait la cohérence des éléments hétérogènes qui consistent à inculper ou à innocenter telle ou telle personne dans une pesée qui se veut juste et rationnelle ?

III. LA RATIONALITÉ DE L'ARTICULATION DES TÉMOIGNAGES

Nous commençons à comprendre que les éléments de preuve dont se sert le juge pour apprécier le fait principal à partir duquel il prendra la décision de punir ou d'innocenter fonctionnent, en dépit de leur hétérogénéité, comme les articles d'une langue. C'est d'ailleurs par le mot « articles » que ces éléments sont désignés en anglais. Mais comment cette hétérogénéité – logique, linguistique, psychologique, physique – que nous avons constatée n'est-elle pas un obstacle décisif dans la constitution de ce fait majeur à laquelle tous les autres faits invoqués servent de moyens ? Nous savons déjà que chaque élément de preuve fonctionne comme un signe, chaque fait étant une sorte de signifiant pour un signifié qui vise le fait principal. Mais comment ces signes s'agrègent-ils pour constituer les éléments d'une langue susceptible de donner forme au récit qui inculpera ou disculpera telle ou telle personne, tel ou tel groupe impliqués dans une affaire ? C'est bien cette transformation des faits en signes d'une langue qui présente quelque homogénéité pour qu'advienne une parole qu'il s'agit d'expliquer.

Bentham recourt parfois aux expressions « masse de faits » ou « masse de preuves », qu'il faut se garder d'entendre comme relevant du discours de la force que nous verrons bientôt et qui s'en distingue, comme la physique classique avait appris à distinguer la « masse » du « poids ». La masse est l'agrégat des éléments, hétérogènes certes, mais qui, se rapportant tous au même fait central, gagnent par là une homogénéité. Bentham le répète tout le long de ces cinq volumes : les éléments d'un procès de justice s'unifient du point de vue du juge qui occupe l'un des foyers de tous les éléments qui gravitent, que l'on fait graviter et qu'il fait graviter autour de lui-même³¹. Mais alors, c'est par le jeu des forces que la masse se cohère ; par leur gravitation autour de ce foyer qu'il occupe³², les éléments gagnent la cohérence qui permet de les attribuer à une masse ou de leur conférer une masse. Il est clair que Bentham pense à un modèle képlérien ou newtonien pour l'organisation de la preuve en matière de justice. Les éléments peuvent être divers ; ils n'en

³¹ *Rationale*, I, p. 26 : « Evidence is a general name given to any fact, in contemplation of its being presented to the cognizance of a judge, in the view of its producing in his mind a persuasion concerning the existence of some other fact; of such fact by which, supposing the existence of it established, a decision to a certain effect would be called for at his hands ». *Ibid.*, I, p. 40 : « By evidentiary facts, I mean such facts as are not competent to form the ground of a decision of themselves, nor otherwise than in as far as they serve to produce in the breast of the judge a persuasion concerning the existence of such and such other facts, of the description just given, viz. principal facts ». Voir également *ibid.*, I, p. 260-261 ; III, p. 12 ; III, p. 329.

³² « It is the property of a mass of circumstantial evidence, in proportion to the extent of it, to bring a more and more extensive assemblage of facts under the cognizance of the judge » (*Rationale*, III, p. 251)

dépendent pas moins d'une unique législation qui leur donne une certaine unité de fonctionnement.

On ne saurait mieux comparer cette unification de la diversité des éléments, même si Bentham, à notre connaissance, ne le fait pas lui-même, au jeu de la perspective dans un tableau. Ce n'est toutefois pas pour rien que Bentham se réfère à De Piles³³. Un tableau est une section dans un volume ovoïde ; les éléments peuvent bien être très divers, de diverses couleurs et de diverses formes, et traités chacun en chaque point différemment, ils répondent tous à des lignes de force qui sillonnent et partagent cet ovoïde, soit au sol, soit au ciel, et qui les soumettent tous aux mêmes lois. De plus, cet ovoïde de la perspective, même s'il est vu sous la forme d'un tableau par le spectateur qui le pose devant lui ou qui l'estime posé devant lui, ne peut se concevoir sans une projection de ce spectateur à l'un des foyers du volume : celui des foyers qui paraît le plus proche du point d'où le spectateur paraît regarder le tableau. Ce foyer désigne la place du juge dans un procès de justice ; pas plus que le spectateur n'a fabriqué lui-même les lois de la perspective auxquelles il se soumet, presque sans y prendre garde quand il regarde le tableau, le juge n'a fait les lois. Il organise tous les éléments dont il dispose – et sans qu'il n'en exclue un seul –, selon les lois que le législateur a faites en fonction de ce qu'il juge être l'utilité³⁴. À un esprit qui ne connaît pas le principe d'unification des lois, le travail du juge peut sembler disparate, comme le jeu des règles de la perspective peut sembler s'appliquer fort inégalement dans les diverses parties du tableau, alors qu'en réalité la même loi s'applique aux nuages du ciel, aux arbres qui semblent s'étager jusqu'à la ligne de fuite, à l'intérieur du triangle formé par le point de fuite et la ligne de terre comme à l'extérieur de ce triangle où pourtant les choses ne paraissent plus que s'étayer lorsqu'on va vers les bords verticaux du tableau. N. Goodman a essayé de montrer – non sans brio – le caractère hétéroclite des règles de la perspective ; mais il a tort et les clés de l'ensemble du processus paraissent lui échapper, car c'est la structure entière de l'ovoïde qu'il ne voit pas. Si le juge dit et installe la loi en chacun des points de l'ovoïde, c'est parce que le législateur en a pensé l'ensemble et qu'il fait le travail que le législateur ferait s'il était à sa place³⁵. L'espace que nous avons appelé *ovoïde* n'a pas, à proprement parler, de dehors ; et s'il paraît constamment tourné vers un dehors qui est partout, il ne connaît toutefois que des lois internes qui font que le droit, comme la perspective, – et peut-être pas sans danger – ne connaît que cette logique interne. Il semble que Bentham, mieux qu'un grand nombre de ses contemporains, ait été conscient de ce

³³ Roger de Piles est cité p. 81 du vol. I du *Rationale* en raison de « *this mode of expression* » qu'il utilise « *for expressing the degrees in which, in his judgment, the several perfections desirable in a picture stand exhibited in the works of some of the most celebrated painters* ».

³⁴ *Rationale*, III, p. 19-20, dans la grande note : « *The decisions of the legislator, – of the friend of mankind holding the sceptre of legislation, – are grounded on human feelings, regardless of every thing else. The decisions of the man of law, regardless of human feelings, taking the habits and interest and language of his profession for the standard of right and wrong, are grounded on words and phrases* ». Le législateur et le juge ne sont pas du tout dans la même position et ce serait forfaiture que le juge prenne la place du législateur.

³⁵ *Rationale*, I, p. 72 : « *Whenever a fact comes in dispute, the belief of which on the part of the judge is necessary to produce and warrant such a decision as shall give effect to a right, the first object aimed at by the legislator ought to be, as already stated, so to order matters, that evidence of the highest possible degree of probative force, in proof of the fact, shall be forthcoming; the next object, the judge may always form the same estimate of the probative force of the evidence, as the legislator would do if it were possible for him to take an estimate of it* ».

danger de réduire le réel juridique au caractère implacable de la procédure, comme un certain nombre de savants ne voient l'essentiel de la science que dans l'application sans faille ni concession d'une méthode. On sait que la peinture baroque, en réaction contre le règne classique de la perspective, introduira de brusques entorses à sa méthode et cherchera des saillies irrécupérables selon les règles classiques, cherchant le réel plus dans une inassimilable articulation des méthodes que dans la méthode même.

Et c'est bien du côté de l'articulation des méthodes que nous découvrons l'essentiel de la théorie des fictions, comme nous l'avons pressenti quand nous avons exposé une certaine structure antithétique des propositions benthamiennes. Jusqu'à présent, nous avons vu la fiction dans trois fonctions, plus séparées que conjointes : celle de ramener les rapports de faits à des rapports de signifiants et de signifiés ; celle de distinguer dans un processus, l'entité réelle d'où se développerait le jeu des fictions de divers ordres, avec une certaine irréversibilité qui est celle même de la parole ; et celle, au contraire, de mettre en scène une invincible réversibilité entre les entités réelles et les entités fictives, les unes pouvant toujours devenir, en un échange de statuts, la réalité ou la fiction des autres. Cela ne signifie pas que cette réversibilité va de soi et qu'elle est toute simple à traiter, car il en va d'elle comme de l'opposition de ces problèmes que les mathématiciens appellent directs ou inverses et qui ne se résolvent pas de la même façon.

Nous allons voir désormais une quatrième fonction de la fiction : et c'est moins, cette fois, ses fonctions d'irréversibilité ou de réversibilité qui vont retenir notre attention que la fonction de « pli » qu'elle organise, c'est-à-dire le fait qu'elle synthétise en une opération plusieurs opérations qu'elle articule³⁶. Ce n'est pas un hasard si le *Rationale* cite les *Axiomes de pathologie*. Car, à l'époque même où il publie le *Rationale*, Bentham cherche les *Axiomes de pathologie* qui clôturent le *Pannomion*³⁷, et dans lesquels il montre que, loin de négliger les éléments affectifs – que l'on avait quelque raison de croire écartés depuis l'article sur les *Hume's Virtues*³⁸ de la *Deontology* – et de les tenir entre parenthèses dans les situations économiques, sociales, historiques, il faut, au contraire, les prendre en compte en les articulant avec ce que l'on peut penser être plus réel : l'intérêt, par exemple. Ainsi, Bentham établit la nécessité d'un double chaînage et d'une double lecture qu'il cherche à corroborer et à articuler les uns aux autres. Si, par exemple, aux yeux de l'utilitariste qu'il est, il est nécessaire de mettre en œuvre une politique de redistribution de la richesse nationale par l'impôt, il faut en même temps tenir compte du rapport de mécontentement de ceux à qui l'on prélève une partie de ce qu'ils ont gagné pour le donner en partage à des gens qui auront peut-être moins de contentement

³⁶ Ce que Pascal forge sous le nom de *sommes triangulaires*, et plus encore de *sommes pyramidales*, pour venir à bout d'un certain nombre de problèmes de centres de gravité de volumes tournés à partir de la cycloïde, est constitué de l'addition (qui peut aller à l'infini) de grandeurs hétérogènes multipliées les unes par les autres. Chaque lanière infiniment fine de la surface dont il s'agit de calculer le centre de gravité entre dans une somme infinie en fonction de son poids relatif et de son éloignement du point d'équilibre de la balance auquel elle pend.

³⁷ Bentham cite d'ailleurs le chapitre de cet ouvrage dans le *Rationale*.

³⁸ « *Hume does not see the connection between passion, and pleasure and pain. Emotion is evanescent, passion more permanent. Appetite is more general and includes both. Affection is more permanent than passion. Passion is a fictitious entity generated by emotion* » (*Hume's Virtues*, in *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Articles with Utilitarianism*, Amnon Goldworth, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 350).

à la recevoir que ceux sur qui on la prélève de déplaisir à la céder. Autrement dit, la fraction de somme ΔS que l'on cède ou que l'on reçoit à partir d'une somme S (qui représente ce que nous possédons déjà) peut bien s'exprimer par le même rapport $\Delta S / S$, mais la lecture « affective » de $\Delta S / S$, selon que l'on prélève ou que l'on donne le ΔS est évidemment très différente. Sans entrer trop dans le détail, Bentham indique une ligne de lecture affective des faits dont il traite et qui ne sauraient exister isolément, mais seulement en relation les uns avec les autres³⁹. Cette ligne est irremplaçable et elle a son importance puisqu'elle a des conséquences graves si on la saute dans les calculs économiques. Cette nécessité de double lecture des rapports de type $\Delta S / S$ qui nous servent ici de schèmes est très exactement ce que nous appelons un « pli ». Il permet de « couder » des réalités hétérogènes en les faisant entrer sans confusion dans les mêmes opérations, sans que l'une des lectures doive l'emporter sur l'autre⁴⁰.

On comprend que cette pensée et cette technique qu'est la théorie des fictions est probablement la meilleure méthode susceptible de résoudre des antinomies qu'elle peut ramener aux deux versants d'un pli, lesquels ne sont pas forcément directement homogènes. Cette homogénéité n'est pas nécessaire pour que nous opérions simultanément sur des notions hétérogènes. Or, c'est exactement ce qui se passe en droit où aucune preuve ne peut être purement logique ou seulement psychologique ou exclusivement linguistique ; il n'y a aucune pureté possible des preuves en droit et c'est même la raison pour laquelle se pose la possibilité de ce type de calcul. Il semble que, si Bentham a intéressé nos contemporains, ce ne soit pas en raison du seul panoptique dont nous avons vu l'importance symbolique dans le développement d'une affaire autour du juge, pour qu'elle gagne sa masse cohérente ; mais que ce soit aussi pour une autre raison que Lacan, en admirateur de Bentham, a parfaitement indiquée. Lacan a bien vu, dès le début de son *Séminaire* où il met au point, sous la forme d'un tétraèdre, les trois dimensions du RSI (Réel/Symbolique/Imaginaire), l'inspection de ses arêtes ou de ses plis, pour articuler entre elles des entités très différentes. Il voit, par exemple, que la haine est à la pliure de l'imaginaire et du réel ; que l'amour est à la pliure de l'imaginaire et du symbolique ; que la volonté d'ignorer ou de ne pas savoir est à la pliure entre le symbolique et le réel⁴¹. Notre problème n'est pas ici d'expliquer Lacan, mais de montrer que cette façon d'articuler des domaines différents pouvait s'inspirer de l'utilitarisme benthamien dont l'objectif, dans son livre sur les preuves, est de tenter de rendre commensurables des éléments de preuves très différents, sans en exclure aucun et sans tomber dans le scepticisme zénonien qui fait que les sphères qui cohabitent n'ont pas de contact entre elles, dès lors que le temps et l'espace de l'une ne se comptent pas dans le temps et l'espace de l'autre. Comment créer une commensurabilité qui ait quelque valeur pour qu'on puisse se fonder sur elle ? À quelles opérations et à quel calcul peut-elle conduire, si nous savons qu'elle peut

³⁹ Voir *Rationale*, I, p. 232 : avec des faits dont aucun, isolé, n'est conclusif, on peut faire une totalité conclusive.

⁴⁰ On se fera une idée plus précise de ce genre de calcul en lisant la traduction que nous avons faite du texte des *Axiomes de pathologie* pour les Actes du colloque sur la vulnérabilité qui a eu lieu à Québec en 2018 et qui seront publiés chez Hermann (Paris) dans le courant de cette année 2019. L'article qui accompagne cette traduction développe le thème que nous n'avons fait, ici, qu'esquisser.

⁴¹ *Le Séminaire*, I, leçon du 30 juin 1954, Paris, Le Seuil, 1975, p. 297-298.

prendre en mathématique l'allure de rapports ou de relations en arithmétique et en algèbre, et celle d'arêtes de volumes en géométrie ?

Il nous suffira, ici, de prendre trois exemples de ces opérations composées ou coudées.

Dans un chapitre intitulé *Of Fear*⁴², *De la crainte*, très probablement incomplet⁴³, mais aussi très intéressant en dépit de son inachèvement, Bentham développe, dans le sillage de remarques déjà faites dans le chapitre III de la Quatrième partie de l'*Ars conjectandi* de Bernoulli⁴⁴, un usage des passions que, d'une part, le *Hume's Virtues* n'aurait pu laisser prévoir et que, d'autre part, si les passions sont des fictions fallacieuses, on aurait pu croire qu'il fallût les laisser complètement entre parenthèses. Or, c'est tout le contraire qui se produit dans le *Rationale* lorsque son auteur montre combien les passions sont importantes à recueillir à partir de signes émis, la plupart du temps involontairement, devant le juge ou devant l'enquêteur qui peuvent aisément supputer, quoique non sans ambiguïté⁴⁵, l'existence d'un malaise, qu'il n'est pas très difficile de relier à l'affaire qui est en question et peut-être au souvenir très vif d'un acte qui risque de coûter cher à celui qui l'a commis si sonnait l'heure d'une découverte et d'une punition. Ainsi, alors que les passions semblent les effets évanescents d'une situation où la seule chose qui compte, c'est de savoir qui a commis le délit ou le crime, on peut se mettre à lire le pli à l'envers : les passions peuvent émettre des signes (trembler, soupirer, sangloter, transpirer, avoir besoin de marcher, etc.) qu'il s'agit de lire pour découvrir la culpabilité ou l'innocence ; on peut les considérer comme réelles dans les circonstances d'une interrogation, qu'elle soit effectuée par la police ou par un juge. De circonstances indirectes et en quelque sorte fictives par rapport au fait dont il s'agit de s'instruire, elles peuvent, du point de vue de l'interrogateur, devenir des preuves directes à partir desquelles on peut inférer le fait qui est à prouver⁴⁶.

Dans un autre passage, Bentham montre combien il est important de prendre en compte les passions pour comprendre un renforcement de persuasion. Si, étant persuadé de quelque chose, je ne rencontre qu'indifférence autour de moi, je vais

⁴² *Rationale*, III, p. 152.

⁴³ Le tableau est manifestement inachevé : les titres sous lesquels sont classés les comportements et les phénomènes manquent.

⁴⁴ Dans son *Ars conjectandi*, Bernoulli avait déjà distingué des arguments qui prouvent absolument et d'autres qui ne font que prouver partiellement et donc en laissant forcément une part d'incertitude. Ce point des signes pathologiques – entendez bien par là que ces signes ne sont pas anormaux mais seulement qu'ils révèlent des passions et permettent d'écrire leur logique – n'est pas le seul qui nous paraît être une source d'inspiration pour Bentham : la nécessité de tenir compte des contre-preuves, etc.

⁴⁵ Car le chagrin et la colère peuvent déclencher les mêmes signes.

⁴⁶ *Rationale*, III, p. 250 : « *The evidence, the only evidence, which cannot lie, is that which, without the intervention of any human testimony, presents itself directly to the senses of the judge. In this case is real evidence; and such involuntary evidence as is exhibited by the deportment of a party or an extraneous witness while undergoing the process of interrogation. In this same situation is even lying testimony (false responsion) itself, considered in respect of the inferences which, on the supposition of their mendacity, it affords; inferences in virtue of which its character is changed from that of direct to that of circumstantial evidence* ».

me faire un mérite de conserver cette persuasion à contre-courant⁴⁷ et peut-être de militer pour que les autres finissent par la partager.

Enfin, n'oublions pas que Bentham est profondément « subjectiviste » dans sa conception des probabilités ; nous oserions parler de son « bayesianisme » s'il l'avait délibérément évoqué quelque part⁴⁸. La probabilité est pour lui une mesure de la persuasion : le sentiment de persuasion qui porte à un certain type d'action se symbolise et se mesure selon toutes les gradations envisageables de probabilité. En d'autres termes, la probabilité est agencée chez Bentham, comme chez Bayes, sur le mode d'une assignation du degré de probabilité qu'une action que l'on se propose de faire réussisse ; c'est ainsi que l'imaginaire de l'action, sa projection, se symbolise et se mesure à l'aune d'une sorte de principe de réalité. On peut se fixer des actions de portée ambitieuse, qui seraient très utiles, mais que le réel risque de refuser ; ou d'autres actions plus modestes, moins utiles, mais que le réel risque moins de refuser. Il faut se garder de projeter sur les choses mêmes ce que l'on souhaite ou espère faire ou voir réussir ; en revanche, on ne peut éviter de fixer des espérances et d'accepter qu'elles soient jugées par le réel⁴⁹. Le domaine des probabilités offre peut-être un des meilleurs terrains pour mettre en œuvre cette structure de pli dont nous avons parlé. La probabilité est plutôt une chance d'avoir raison en décidant telle ou telle chose qu'une caractérisation des choses mêmes. Peut-être les probabilités sont-elles plus calculables que les passions qui, elles-mêmes, sont des calculs⁵⁰ ; en tout cas, sont-elles, les unes et les autres, dans la même situation par rapport au réel, avec les mêmes risques de projection et la même nécessité de contrôler ces risques⁵¹.

⁴⁷ « *When a man is persuaded, – or though he does but, under the impulse of some interest by which he is actuated, appear to be, or profess to be, persuaded, – of the existence of a fact; it is matter of pain and vexation to him to suppose that this same persuasion fails of being entertained, by those with whom, on the occasion of it, he has to deal. Hence it is that, in his mind and in his discourse, to entertain it is made matter of merit, to fail to entertain it, matter of demerit and blame, on the part of others with whom he has to do: and to cause them to pursue that supposed meritorious line of conduct, the power of reward, if within his reach, is employed; and to deter them from the opposite conduct, even the power of punishment: of both which powers, in the application thus made of them, mankind have been unhappily accustomed to see and to feel the exercise, carried to a pitch so repugnant to the dictates of humanity and reason* » (*Rationale*, III, p. 265).

⁴⁸ En tout cas connaît-il bien les travaux de Price, qu'il n'apprécie sans doute pas pour ses positions politiques, mais qu'il discute comme mathématicien des probabilités. Or, Price est celui qui a édité et complété la fameuse règle de Bayes qu'il a faite connaître aux savants de la Royal Society en 1763. Par l'intermédiaire de Price, Bentham a eu toutes les chances de connaître les idées de Bayes.

⁴⁹ « *In and by the form of words thus employed for giving expression to that which is in truth nothing more than a psychological matter of fact, the scene of which lies in, and is confined to, his own breast, – a sort of quality is thus ascribed to the external phenomenon, or supposed phenomenon, viz. the matter of fact or supposed matter of fact itself. Upon examination, this quality, it will be seen, is purely a fictitious one, a mere figment of the imagination; and neither improbability and impossibility on the one hand, nor their opposites, probability and certainty, on the other, have any real place in the nature of the things themselves* » (*Rationale*, III, p. 261).

⁵⁰ « La passion calcule », comme le dit Bentham dans son *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, Paris, Vrin, 2011, p. 213.

⁵¹ « La fiction qui (en considérant la force de la *persuasion* d'un homme touchant tel ou tel fait et la force probatoire de tout autre contenu de fait quand il est considéré dans sa caractéristique de fait probatoire en relation avec lui) donne l'occasion d'attribuer une qualité correspondante,

Il est étonnant que la prise sur le monde passe par des notions aussi fictives ; mais c'est bien l'originalité de la réflexion benthamienne sur les probabilités d'essayer de l'établir.

IV. UN REMARQUABLE PENSEUR DE LA PROBABILITÉ

Même si Bentham se montre parfois sceptique sur la possibilité d'utiliser les mathématiques pour assigner des degrés à la persuasion et pour les rapporter à une échelle qui peut en comporter une infinité, alors qu'il est le plus souvent impossible d'expliquer, même à grands traits pourquoi tel témoignage est plus convaincant que tel autre et absolument impossible de dire dans quelle mesure il l'est⁵², il n'en est pas moins fondamentalement « bayésien » par plusieurs traits⁵³.

D'abord parce qu'il reconnaît que les mathématiques seraient les seules habilitées à mesurer la persuasion, encore qu'elles n'y parviennent pas dans les faits⁵⁴ –

indiquée par quelques mots tels que *certitude* ou *probabilité* au fait principal lui-même – semble être, comme tant d'autres produits de l'imagination [*figments*], l'une des sources des affections et des passions qui arrivent à la nature humaine. [On a ici affaire au pli « affection ou passion / certitude, probabilité » ; on voit alors combien les probabilités font partie du calcul des plis qui est exposé dans les *Axiomes de pathologie*]. Elle compte parmi les mécanismes [*contrivances*] qu'un homme utilise pour forcer les autres hommes à avoir une persuasion ou à paraître avoir une persuasion qu'il a lui-même ou qu'il paraît avoir, et pour prendre prétexte d'une souffrance ou paraître justifier d'une souffrance [...] [*for the pain which he would find a pleasure in inflicting on those on whom a force so applied should have failed to be productive of such its intended effect*] » (*Rationale*, III, p. 264).

⁵² Du moins est-ce son éditeur qui, en note, laisse parler Dumont contre Price : « Je ne conteste pas la justesse des principes de l'auteur, et je ne puis nier qu'entre divers témoins dont la créance est à divers degrés, il serait fort désirable qu'on pût obtenir une connaissance précise de ces degrés, et en faire la base de la décision judiciaire ; mais je ne saurais croire que ce genre de perfection puisse être obtenu dans la pratique. Il me semble même qu'il appartient à des intelligences d'un degré supérieur à la nôtre ou, du moins, à celle du grand nombre. En me consultant moi-même, et me supposant interrogé sur divers faits dans une cour de justice, si je ne puis répondre oui ou non avec toute la certitude que mon esprit peut admettre, s'il y a des degrés, des nuances, je me sens incapable de distinguer entre deux et trois, entre quatre et cinq, et même entre des degrés plus éloignés. J'en fais l'épreuve en ce moment même ; je cherche à me rappeler de quelle personne je tiens un certain fait ; j'hésite, je rassemble toutes les circonstances, je trouve plus de raison pour A que pour B ; mais ma persuasion correspond-elle au n° 4 ou au n° 7 ? Je ne saurais le dire ». Il ajoute, un peu plus loin, que le juge est peut-être mieux placé que le témoin pour apprécier sa propre persuasion (*Rationale*, I, p. 136-137).

⁵³ J'entends par « bayésienne » une position mathématique qui tient les probabilités pour fondamentalement subjectives et sans aucune réalité objective (qui aurait lieu dans les choses elles-mêmes). Ainsi, ces probabilités mesurent le degré de raison que l'on a de croire telle ou telle hypothèse, mais non pas quelque chose qui se trouverait dans les choses ou dans les situations elles-mêmes. Mais ce caractère « subjectif » des probabilités n'empêche pas leur calculabilité : on peut mesurer avec beaucoup de précision la valeur d'une hypothèse, c'est-à-dire les raisons que l'on a de la croire.

⁵⁴ « In a word, the only adequate mode of expressing degrees of persuasion, is by numbers. But, hitherto, neither in ordinary language, nor in the scientific language of jurisprudence, have numbers been employed. The result, in point of imperfection and inadequacy, will be conspicuous » (*Rationale*, I, p. 90).

que leur complication contraint celui qui les considère à s'en tenir à la langue vernaculaire⁵⁵. Ensuite, parce que son « subjectivisme » dans les questions de probabilités est radical. Quand la tentation de rapporter les probabilités aux choses serait grande, elle n'en serait pas moins une illusion. Bentham en donne une preuve décisive en affirmant que les choses sont ou ne sont pas, mais qu'il ne peut y avoir de degrés entre l'existence d'une chose et son inexistence ; or la probabilité admet des degrés : elle ne saurait donc qualifier directement les choses⁵⁶ et elle ne peut concerner qu'un esprit ou des esprits qui engagent des paris (*wagers*)⁵⁷, lorsqu'ils évaluent les chances pour une action de réussir dans une situation. Ainsi, Bentham, qui traite la probabilité comme un savoir pratique⁵⁸ dans le même sens où Platon et Aristote parlaient d'*orthodoxa*, considère la probabilité dans un rapport tripartite entre quelque but que l'on s'assigne, la marge de manœuvre que l'on se donne pour l'atteindre, et ce qu'on pourrait appeler la sanction des choses, qui est rarement immédiate et que l'on ne connaîtra que plus tard. Rappelons ici le fonctionnement en pli du calcul bayésien qui se rapporte toujours à l'évaluation de la *chance d'avoir raison* quand, dans une situation donnée, on s'octroie la *probabilité d'un événement entre deux degrés*. Toute la subtilité de la règle de Bayes est dans la tension *entre* la liberté d'agir que l'acteur se donne de prendre des risques *et* les chances plus ou

⁵⁵ La situation est donc, de ce point de vue, antinomique : la mathématique est seule habilitée à mesurer finement les degrés de persuasion, mais elle ne sert à rien en droit ; la langue vernaculaire exprime seule la persuasion dans le domaine juridique, mais, étant incapable d'exprimer les degrés de persuasion dans leur infinité (*Rationale*, I, p. 89), elle pousse alors à commettre des paralogismes en adoptant des attitudes brutales et cassantes, selon une loi de tout ou rien, comme l'est à notre époque le principe de précaution qui est une absurdité du point de vue du calcul des probabilités. La prétendue prudence de ce principe n'est que de façade. Leibniz s'était déjà intéressé à ces degrés de probabilité de la langue vernaculaire. Loin d'insister sur la rupture avec les mathématiques, il tirait plutôt des classements frustes des types de preuves (pleines, demi-pleines, plus que demi-pleines, moins que demi-pleines), la nécessité de calculer les preuves. Pour Bentham, ce côté fruste des distinctions de la langue vernaculaire trahit une incapacité de trouver une solution au problème des degrés des preuves. Loin de se référer à Leibniz, Bentham se réfère de préférence à Heineccius : « Full. – 2. More than half-full. – 3. Half-full. 4. Less than half-full. – Such, if Heineccius is to be believed, are the degrees of probative force that have been distinguished, and have received denominations, in his school of fraud and nonsense. (Elem. Jur. Civ. Pars IV. § 18) » (*Rationale*, I, p. 92). Bentham trouve une autre classification dans le droit anglais, qu'il trouve tout aussi insatisfaisante : « 1. Positive proof. – 2. Violent presumption. – 3. Probable presumption. – 4. Light or rash presumption. Positive proof = diet evidence. [...] ; violent presumption is many times equal to full proof ; probable presumption has also its due weight ; light or rash presumption have no weight or validity at all = 0 ».

⁵⁶ *Rationale*, III, p. 362-363.

⁵⁷ Le mot revient souvent sous la plume de Bentham : ainsi parie-t-on plus facilement sur un événement qui est censé suivre le cours de la nature que sur un événement qui le bouleverserait. (*Rationale*, III, p. 370). Mais le pari va beaucoup plus loin pour Bentham, puisqu'il engage l'existence des degrés de force ou d'intensité, et pas seulement leur quantité : « Of these differences [il s'agit des différences des degrés de force et des degrés d'intensité], the practice of wagering – [parier] – affords at the same time a proof of the existence, and a mode of expression or measurement for the quantities or degrees » (*Rationale*, I, p. 71).

⁵⁸ « Practical certainty, a degree of assurance sufficient for practice, is a blessing, the attainment of which, as often as it lies in our way to attain it, may be sufficient to console us under the want of any such superfluous and unattainable acquisitions » (*Rationale*, III, p. 351).

moins grandes d'avoir raison ou d'avoir eu raison de les prendre⁵⁹. Bentham souligne ce lien quand il dit, à sa façon, que c'est la force probatoire qui probabilise le fait⁶⁰. On comprend que la responsabilité du décideur soit au cœur du système, que cette responsabilité ouvre constamment la possibilité, pour ce décideur, d'être puni pour ce qu'il a mal fait, mais aussi que cette responsabilité doive être protégée, c'est-à-dire estimée dans les conditions mêmes où elle s'est exercée et non pas compte tenu des faits qui seront développés par la suite. Ainsi, il serait injuste que le décideur soit systématiquement puni en cas d'échec⁶¹.

On voit ici que le schème est le même et on peut le suivre dans le détail, et sinon dans le calcul même, du moins – ce qui est souvent le cas chez Bentham – dans les prémisses d'un calcul. En d'autres termes, Bentham pense que le droit ne dépassera pas la symbolique de la langue vernaculaire, qu'il n'a pas lieu d'aller jusqu'à une mathématisation plus poussée ; mais la structure bayésienne de l'argumentation peut demeurer⁶². Avec la probabilité, qu'elle soit commune ou sophistiquée, on n'a jamais affaire qu'à un être qui n'existe que par le langage et qui n'a pas même le vis-à-vis que peuvent avoir les mots « arbre » ou « maison », lesquels paraissent renvoyer à des objets qui ont une existence propre, indépendante du mot, et pouvoir, en quelque sorte, sanctionner sa correction. On parle de *fiction* dans le cas de la probabilité, non pas pour la dénoncer comme fallacieuse, mais pour cette raison même que la notion ne peut absolument pas se soutenir sans mots. Toutefois, quand on dit d'un événement qu'il est impossible ou improbable, ou de tel ou tel degré, ou certain, ou nécessaire, on ne peut pas tirer ces qualificatifs uniquement du langage, mais d'actes qui, s'ils se déroulent dans l'élément du langage, n'existent

⁵⁹ C'est cette tension qui paraît échapper à Dumont lorsqu'il critique Price – qui explique la règle de Bayes dans une présentation très fine – en disant : « Si on adoptait cette échelle, je craindrais que l'autorité du témoignage ne fût souvent en raison inverse de la sagesse des témoins. Les hommes réservés, ceux qui savent douter, aimeraient mieux, en plusieurs cas, se placer aux numéros inférieurs qu'au plus haut, tandis que ceux qui ont une disposition affirmative et présomptueuse, et surtout les hommes passionnés, croiraient presque se faire injure à eux-mêmes s'ils ne se portaient pas tout de suite au degré supérieur. Ainsi, les hommes les plus sages tendant à diminuer leur pouvoir, leur influence sur la décision du juge, et les moins sages tendant à l'augmenter, il pourrait résulter de cette échelle un effet contraire à celui qui est attendu par l'auteur » (*Rationale*, I, p. 136-137).

⁶⁰ « By some greater number of such lots of circumstantial evidence, taken together, the fact may be said to be proved. Of the probative force of any one of them taken by itself, the utmost that can be said is, that by means of it the fact is probabilized: – rendered, in a greater or less degree, probable. As there are facts – evidentiary facts – by the force of which, a fact, considered in the character of a principal fact, is probabilized; so will it generally happen that there are others by which the same fact may be disprobabilized: – the existence of it rendered more or less improbable » (*Rationale*, III, p. 13).

⁶¹ Et nous pourrions ajouter : et systématiquement encensé en cas de succès. Bernoulli avait déjà mis en garde contre cette façon d'utiliser les probabilités.

⁶² « On each individual occasion, the degree of strength at which the persuasion stands would be capable of being expressed by numbers, in the same way as degrees of probabilities are expressed by mathematicians, viz. by the ratio of one number to another. But the nature of the case admits not of any such precision as that which would be given by employing different ratios (i.e. different pairs of numbers) as expressive of so many uniform degrees of probative force, belonging one of them to one sort of circumstantial evidence, another to another. (But, for a practical purpose, such as that of judicial decision, the nature of the case seems to afford a particular mode of expression, an account of which has been already seen in a chapter in the introductory part of the work) » (*Rationale*, III, p. 219).

que par certains autres actes lesquels, certes, sont exprimés par le langage et même ne sauraient être exprimés que par le langage, mais aussi sans pouvoir se résoudre uniquement dans les actes du langage.

Outre les caractéristiques que nous venons d'énoncer, nous pouvons relever quatre traits bayesiens des probabilités selon Bentham. Le *premier* est de situer l'action dans un encadrement au-delà duquel on sur-évaluerait l'importance d'un témoignage ou, en deçà duquel on la sous-évaluerait⁶³. Certes, on prend toujours des risques en évaluant un témoignage et jamais le réel ne nous offrira la possibilité d'une confrontation qui nous donnera raison ou tort ; du moins au moment où l'on prend sa décision, il est généralement impossible d'avoir ce loisir. Il nous importe donc de prendre des risques en sachant les évaluer. Avec la difficulté particulière dans les procès de justice que la victime d'une prise de risque ne saurait lui avoir donné son assentiment alors que, ailleurs, le patient a pu le faire en médecine, le partenaire a pu le faire dans une affaire commerciale et dans de multiples autres occasions. Qui accepterait d'être puni pour une faute qu'il n'a pas commise⁶⁴ ?

Le *second* est que la nécessité où l'on est de prendre des décisions ne laisse pas le loisir de rester passif. Rester passif est encore prendre une décision, mais de la pire sorte puisqu'on laisse les choses agir à sa place. Ainsi, en toute action, il faut non seulement regarder ce qui peut se passer si l'on agit, mais encore ce qui se passerait si on n'agissait pas⁶⁵. Cette balance est déjà chez Bernoulli⁶⁶, même si la loi à laquelle aboutit la quatrième partie de son *Ars conjectandi*, dite « des grands nombres », n'a pas la finesse de la règle bayésienne qui est comme la résolution du problème inverse de celui que pose et résout J. Bernoulli.

Le *troisième* est dans l'instance de tenir compte de *tous* les éléments dont on dispose pour prendre une décision dans des circonstances données, sans en laisser aucun de côté, pourvu qu'ils soient tous intelligemment pris en compte, critiqués et pesés pour permettre la décision. Certes, quand une décision est prise à un moment où il est impossible de tout savoir, mais où il faut tout de même qu'elle soit prise, on ne saurait tenir grief au décideur – au juge, en particulier – de ne pas tout savoir, mais il est possible de lui reprocher de n'avoir pas pris en compte, s'il se trompe dans son évaluation, tel élément dont il aurait pu et dû tenir compte. C'est pourquoi Bentham est radicalement hostile au système juridique dans lequel on écarterait tel ou tel témoignage qui pourrait être éclairant sous prétexte que le témoin qui le rapporte a des liens d'amitié, de famille, d'affaire, d'intérêt, avec l'inculpé⁶⁷. C'est à l'évaluateur de prêter la plus grande attention à cet aspect des

⁶³ *Rationale*, III, p. 227-229. Bentham donne toute une série de règles pour éviter la surévaluation et la sous-évaluation.

⁶⁴ Rappelons ici que c'est la raison profonde qui fait que Bentham est résolument hostile à la peine de mort, qui est la plus irréparable des peines, puisqu'elle l'est absolument.

⁶⁵ « *If the existence of this disprobabilizing fact be supposed (it being itself, in the case in question, not impossible), it will therefore be seen that, notwithstanding the existence of a probabilizing fact, the existence of the principal fact is not in so high a degree probable, as it would be if the existence of the disprobabilizing fact were impossible* » (*Rationale*, III, p. 12).

⁶⁶ C'est la – ou le – troisième des « Règles ou Axiomes » de la Quatrième Partie de l'*Ars conjectandi* : « Il ne faut pas seulement tenir compte des éléments qui viennent appuyer ce qui est à prouver, mais aussi de tout ce qui peut être invoqué en sens contraire, en sorte qu'après avoir été bien mise en balance, l'une des deux hypothèses l'emporte manifestement ».

⁶⁷ *Rationale*, III, p. 361.

choses au moment de le peser ; mais il serait absurde de négliger par principe des témoignages sous prétexte qu'ils sont intéressés. Le calcul des autres témoignages en serait irrémédiablement gâché ; et la décision qui en résulte absolument faussée.

Les positions tranchées de la morale sont dangereuses en ce qu'elles ne font aucun cas des degrés de probabilité, là où il est absolument nécessaire d'en tenir compte. Il en va de même des positions qui se croient prudentes parce qu'elles refusent les conséquences d'une action qui peut mal tourner, faute de peser celles qui consisteraient à ne rien faire et dont les conséquences pourraient être pires. Il est de prétendues précautions qui sont pires que des décisions audacieuses. Il est vrai que le droit, surtout dans sa partie judiciaire, ne peut se permettre les audaces que d'autres disciplines peuvent avoir avec moins de scrupules ; mais, si l'on croyait, par exemple, que soumettre quelqu'un à un interrogatoire fausse ses souvenirs, il faudrait immédiatement ajouter que si ces souvenirs manquaient à son témoignage, ce déficit risquerait de le rendre mensonger⁶⁸ et de compromettre les chances d'un innocent.

Le *quatrième*, enfin, consiste à se garder de passer, sans extrêmes précautions, de considérations générales à des cas particuliers et à ne jamais perdre de vue la particularité ou la singularité des cas que l'on prend en compte⁶⁹. Bernoulli avait déjà donné ce conseil de prudence⁷⁰ ; Bayes l'a poussé jusqu'à en faire une règle mathématique : 4/5 d'un grand nombre de cas d'individus auxquels dans une situation donnée, il arrive telle issue, tandis que l'issue contraire arrive au cinquième restant, n'équivalent pas à quatre chances sur cinq pour tel individu, pris au hasard, de partager le sort des 4/5 du grand nombre, en dépit de l'illusion qu'on en peut avoir. En d'autres termes, il faut se garder de croire que les statistiques, si précieuses soient-elles, donnent directement les chances de ce qui peut arriver à un individu. Cette erreur mathématique, si facile à commettre par ceux qui ne sont pas attentifs à la spécificité des problèmes inverses et précisément au travail de Bayes, risque d'intimer des erreurs de soin et de graves fautes d'éthique.

Il faut encore compléter cette esquisse par une dernière remarque sur ce que Bentham appelle la « *verity* » des preuves. Certes, il ne saurait s'agir d'une vérité de conformité ; ce qui rendrait absurde le déploiement de calculs, même approximatifs, de probabilité. À la différence d'un bon nombre de ses contemporains, Bentham ne s'est jamais satisfait d'une condamnable pour établir une culpabilité en vue de prononcer la peine correspondante. Même si la procédure est un axe essentiel du droit, le système juridique deviendrait alors assez cynique pour se préférer

⁶⁸ « *The probability of the failure of true evidence through want of recollection, is greater than the probability of mendacious evidence in consequence of assistance afforded by suggestive questions* » (*Rationale*, II, p. 39).

⁶⁹ « *To weigh evidence against evidence, – to weigh particular evidence against general probability, – requires a proportionable skill in the science of psychology. It is to a deficiency of skill in this useful science, accompanied with a consciousness of this deficiency, that the system of procedure may ascribe so many altogether inapposite or imperfect and now exploded contrivances for the investigation of legal truth: trial by ordeal, trial by battle, wager of law, oaths expurgatory and suppletory* » (*Rationale*, III, p. 383-384).

⁷⁰ C'est la quatrième des Règles ou Axiomes généraux de la quatrième partie de l'*Ars conjectandi* : « Pour juger des généralités suffisent des arguments éloignés et d'ordre général ; mais pour former des conjectures sur les cas particuliers, il faut leur en adjoindre de plus proches et précis, si seulement cela se peut ».

lui-même à l'utilité des justiciables : Bentham juge inacceptable cette préférence. C'est pourquoi, la *verity* étant elle-même *index sui*, le principe est que, à tout témoignage, il oppose un contre-témoignage ; à toute expertise, une contre-expertise ; à tout interrogatoire, un contre-interrogatoire⁷¹ ; et que, si les éléments dont on dispose à un moment donné inclinent à la probabilité d'une culpabilité ou d'une innocence, c'est sous condition que le dossier puisse être réouvert et que puisse être changée leur appréciation. La clé de cette attitude se trouve dans une réflexion sur la force probatoire.

V. POUVONS-NOUS ESSAYER DE DÉFINIR CE QUE C'EST QUE LA FORCE PROBATOIRE ?

Depuis très longtemps, la question des forces est une question éristique dans les sciences ; elle a toujours fait difficulté en physique. Si certains auteurs usent de la notion de *force* sans trop de scrupule, même si les vis-à-vis des symboles qu'ils utilisent pour les signifier sont très obscurs, d'autres, comme l'a fait ressortir Carnap⁷², cherchent à les remplacer par des espaces-temps appropriés. En psychologie – et tout particulièrement en psychanalyse –, on trouve le même dilemme : si Freud avait tenu la dynamique pour l'essentiel de la science qu'il cherchait, Lacan tient la notion de *force* pour obscure et préfère travailler avec la langue, comme si la réduction des problèmes à la langue permettait de les résoudre tous ; et comme si la linguistique n'était pas, elle aussi, divisée sur l'emploi qu'il convient de faire de la force. La répugnance de la pensée à se traiter dynamiquement elle-même tient au fait qu'elle se pense volontiers comme opposée à la force. « C'est une longue guerre, comme le dit Pascal, que celle où la violence essaie d'opprimer la vérité⁷³ ». Or, il y a une force de la pensée : des pensées – des idées, des impressions – peuvent être plus fortes que d'autres. Mais il faut bien reconnaître que ceux qui veulent faire des dynamiques de la pensée et qui voient dans cette entreprise une tâche essentielle ne vont jamais très loin dans leur réalisation. Ils rêvent plutôt leur recherche qu'ils ne la font.

Comme l'espace, comme le temps, comme la probabilité, la force n'est qu'une relation ; elle n'existe pas en soi. Et si, parmi les autres forces, on peut distinguer la force probatoire, un argument ou un raisonnement ne détiennent pas en soi de force probatoire ; ils ne la détiennent que relativement en se rapportant à d'autres arguments ou à d'autres raisonnements. De la même façon qu'en physique, cette force ne prend son sens qu'à titre de fiction, dans un discours. Comme en physique aussi – Hume l'avait bien fait ressortir pour cette dernière science –, les forces que l'on place sous ce même mot de « force », auquel l'anglais ajoute celui de « *strength* », sont, en réalité, en dynamique psychique, aussi diverses et disparates qu'elles le sont en philosophie naturelle.

⁷¹ *Rationale*, III, p. 643-644.

⁷² R. CARNAP, *Les fondements philosophiques de la physique*, Paris, A. Colin, 1973, p. 163. Il explique comment, dans la physique relativiste, on ne parle pas de masses qui en attirent d'autres, ainsi qu'on le fait en physique classique, mais de corps qui se déplacent (même à l'intérieur d'un champ gravitationnel) en suivant des lignes d'univers qui sont des géodésiques.

⁷³ C'est la fin de la « Douzième Lettre aux Révérends Pères Jésuites », dans B. PASCAL, *Les Provinciales. Pensées et opuscules divers*, Paris, Librairie Générale Française, p. 480.

Ainsi, comme en physique newtonienne ou leibnizienne, la *masse* se distingue de la *force* ou du *poids*. La masse est un amalgame d'éléments ou d'articles ; certes, il faut, pour que cet amalgame ait un sens, leur trouver une homogénéité, fussent-ils par ailleurs hétérogènes les uns par rapport aux autres⁷⁴. Il faut que les éléments soient réunis par un rapport à l'affaire et que l'affaire ait des contours de telle sorte que l'on ait conscience de ce qui en fait partie et de ce qui n'en fait pas partie. À vrai dire, il est moins important que cet amalgame qu'est la masse probante prenne sens à partir du juge – ou à partir de quiconque s'intéresse à l'affaire pour participer même indirectement à la décision –, que lorsqu'il s'agit de la considération des forces. Les articles ou les éléments sont comme les lettres d'un mot ; ce mot a des limites, mais on ne sait en le considérant en lui-même à peu près rien de sa sémantique et de sa syntaxique. C'est seulement en acquérant une force que le mot prend un sens et une fonction syntaxique différenciés parmi d'autres mots dont il se distingue et auxquels il s'oppose. Et cette fois, chaque élément d'une preuve qui vise la culpabilité ou la non-culpabilité (l'innocence) de l'auteur d'un acte est lié à une dynamique qui sollicite la subjectivité du juge⁷⁵. Il est essentiel à la force probatoire qu'elle soit distribuée par rapport au juge qui assigne à chaque élément une proximité ou un éloignement différenciés et, à chaque fois une intensité particulière. À la différence de la somme qui donne lieu au repérage d'une masse probatoire, laquelle est de nature arithmétique, la somme des éléments qui donnent lieu au repérage des forces est une intégrale, une sommation qui différencie les éléments qu'elle somme et qui connaît leur ordre par rapport à un centre occupé par le juge ; il importe que l'un des foyers de l'édifice procédural d'un jugement soit l'affaire de celui qui décide. D'ailleurs, il arrive à Bentham de dire qu'une fois cet édifice dynamique constitué, la décision est quasiment prise⁷⁶.

Sur le point de la dynamique psychique – dont il est peut-être l'inventeur de l'expression –, Bentham a pu s'inspirer du travail de Hume sur les passions ; il le reconnaît volontiers dans les *Hume's Virtues*⁷⁷. Dans le domaine psychique, la dynamique ressemble à ce qu'elle était déjà en passe de devenir avec Leibniz et deviendra très vite au XIX^e siècle : un calcul vectoriel. Deux cas de figures se présentent constamment. Soit le *biais* (*bias*) qui dévie, dévoie, une force qui suivait une

⁷⁴ Voir *supra*, III.

⁷⁵ *Rationale*, III, p. 223, note : « A number of facts, each of which taken by itself proves nothing, or next to nothing, but the probative force of which, when all taken together, amounts to something considerable, constitutes what is called in common language a chain of circumstantial evidence ».

⁷⁶ « In the process of collection, the whole body of the evidence will necessary have passed under the review of the judge (for such he is) by whom it has been collected. In the course of this process, it can scarcely happen (supposing, as is the most common case, the whole of it thus collected at once, and by the same judicatory) but that an opinion in relation to it, i.e. in relation to its probative force in regard to the fact in question, must have been formed. But the opinion formed, the decision follows course; and it requires but a minute or two, and a word or a line or two, to pronounce it. The decision pronounced; if all parties are satisfied with it, there ends the cause: if on either side a party is dissatisfied with it, then, and then only, is appeal of any use. The ulterior judicatory is thus charged with the suit, in those instances alone (but in all such instances) in which, in the judgement of those to whom it properly belongs to judge, it can be of use » (*Rationale*, II, p. 128).

⁷⁷ Même si, une fois que les recherches dynamiques auxquelles Hume soumet les impressions et les idées ont été saluées dans les *Hume's Virtues*, Bentham substitue aussitôt au système humien des passions son propre système des fictions.

certaine trajectoire⁷⁸. D'autres forces viennent se composer avec cette dernière et change son intensité et sa direction. Soit, la direction restant la même pour les forces considérées, leur opposition de sens est telle que la force principale se voit érodée voire contrecarrée par le jeu de la force contraire⁷⁹. C'est le moment des alibis, des témoignages contraires au témoignage qui est globalement accablant ou qui est globalement disculpant⁸⁰. Comment, là encore, ne pas penser à la façon dont Hume joue sur les paramètres d'une unité passionnelle pour expliquer comment elle glisse dans une autre, ou pour montrer que le passage d'une passion vers une autre est plus facile ou plus difficile dans un sens que dans un autre ? Évidemment, le calcul des passions se fait, au moins dans le *Traité*⁸¹, par expériences de pensées, en changeant le sujet, l'objet, les causes, physiques et finales, et les diverses modalités et qualités de chacune de ces catégories ; en revanche, en droit, les opérations sur les paramètres sont toutes susceptibles de devenir réelles. C'est ainsi que, examinant le nœud des paramètres et le jeu sur les paramètres que l'on ajoute et retranche, il s'intéresse dans le vocabulaire spécifique de la justice à ce qu'on peut faire de légal (interroger, expertiser, contre-expertiser, confronter) ou d'illégal (intercepter, suborner, fabriquer des faux, etc.) pour modifier soit tel ou tel article, soit la masse entière de preuves. Encore une fois, non seulement ce qu'on fait en droit a une portée réelle, mais toute prise de risque y est plus dangereuse encore qu'en médecine, puisque, à la différence de ce qui se passe quand l'assentiment du patient protège en grande partie le médecin qui prend un risque, il n'est guère question de recueillir l'assentiment de l'inculpé pour l'accuser et le punir.

Si l'on voulait se rapprocher d'une définition benthamienne de la force probatoire, on n'en trouverait guère l'équivalent que dans ce que l'auteur appelle souvent

⁷⁸ En particulier, « where, though produced by the action of sinister interest, he [the witness] is considered as not being conscious of it, the imperfection is said to have bias for its cause » (*Rationale*, I, p. 65-66).

⁷⁹ « If, with relation to a given fact proposed in the character of a principal fact, another fact is given in the character of an evidentiary fact appear to you as operating in that character, – operating in any degree howsoever slight; – look round to see if no supposition operating upon its probative force in the character of an infirmative supposition be to be found: no fact which in its nature is not impossible, and with which (supposing it, on the occasion in question, realized) the existence of the principal fact in question would be incompatible; or in virtue of which the existence of the principal fact would be seen to be less probable. If any such infirmative supposition to be found, the probative force of the evidentiary fact is not so great as to be conclusive. But if, after your utmost endeavors, you find yourself unable to discern any such infirmative supposition; then, in your own particular instance (relation had to the state of your own persuasion), the probative force may be conclusive. Supposing one evidentiary fact, and only one infirmative supposition applying to it: then, to estimate (i.e. express in numbers) the quantity of probative force remaining to the evidentiary fact, – deduct from the ratio expressive of the probability of the fact the existence of which is by the infirmative supposition supposed: the remainder will be the neat probative force. To one and the same evidentiary fact, suppose a number of different infirmative suppositions applicable; and, of each of the several supposed facts, suppose the probability the same; the sum of their infirmative forces will be as their number » (*Rationale*, III, p. 221).

⁸⁰ Freud se livrera volontiers à des « calculs » de ce genre. Il pouvait d'ailleurs les tirer de sa connaissance de l'utilitarisme qui, toutefois, passe davantage par Stuart Mill, dont il a traduit de nombreuses pages, que par Bentham.

⁸¹ Ce sera moins vrai dans les essais d'économie et dans l'*Histoire d'Angleterre*.

la « *trustworthiness* », que l'on pourrait traduire par « fiabilité⁸² ». Une preuve est forte lorsqu'elle est fiable, c'est-à-dire non pas quand elle est au maximum de ce que l'on rêverait d'obtenir⁸³, mais lorsqu'on est conscient du degré de probabilité, que l'on a pu obtenir et que l'on peut lui accorder, du rapport qu'elle entretient avec les autres preuves et de sa relation avec ce qu'il s'agit au bout du compte d'établir⁸⁴ ; bref quand on sait à quoi s'en tenir à son égard. Elle n'a donc pas de valeur en soi, mais dans une action de justice et elle changerait d'importance si elle devait faire partie d'une autre affaire ou si l'affaire devait prendre une autre tournure. La force probatoire est dans ce pouvoir technique que nous avons de l'utiliser dans une direction ou dans une autre, dans un sens ou dans un autre.

Il n'y a pas d'essence de cette force ; et, de ce point de vue encore, Bentham est en accord avec ce que Hume déclare dans l'*Enquête sur l'entendement humain*⁸⁵ : il est encore moins question de substantiaiser les forces psychiques que les forces physiques : elles n'ont de sens que par un repérage symbolique – linguistique en l'occurrence – et elles sont peut-être, plus que les forces physiques, de l'ordre de l'autorité, c'est-à-dire d'un changement des intelligences et des volontés par d'autres intelligences et d'autres volontés – ce qui ne les empêche pas de se différencier les unes des autres. Il est au moins trois types de forces qui jouent entre elles dans le *Rationale* : celles qui lient les mots les uns aux autres (celles de la syntaxe ou celles de la grammaticalisation) ; celles qui paraissent propulser le langage vers des objets qui lui sont transcendants⁸⁶ ; celles enfin qui, s'appuyant sur les deux précédentes, mais sans rien leur devoir d'autre que des conditions de possibilité, sont de nature logique. Car, pour distribuer des arguments du point de vue du juge, il faut travailler le langage d'une certaine façon ; il est indiscutable que « *it is in language, and in language only, that the supposed catalogue of facts universally agreed to be incredible, would be expressed*⁸⁷ », mais il resterait langage, travaillé de toutes sortes d'autres façons. La distribution des arguments suppose les forces du langage, mais ce ne sont pas elles qui, ultimement, disposent de celle-là. Certes toutes ces forces ne sont pas dissociables aussi facilement qu'on peut les distinguer *in abstracto*, mais on peut tout de même donner sens à ces trois grands types de force, en ajoutant que, dans le présent article, c'est au troisième type de forces que

⁸² *Rationale*, III, p. 422. Bentham donne comme équivalents « *the yielding [...] the probative force of [a] fact* » et « *the giving credence to it, without staying to inquire into the intrinsic credibility of it* » (*Rationale*, III, p. 359).

⁸³ « *The quantity of probative force incident to a body of evidence, is manifestly susceptible of degrees: and what is equally manifest, is, that, to warrant a decision conformable to the tendency of the evidence, it is not necessary that the probative force of it should in every instance be at the highest force* » (*Rationale*, I, p. 59-60).

⁸⁴ « *Probative force of the evidentiary fact in question, in relation to the principal in question, – and closeness of connexion between such evidentiary fact and such principal fact, – are interconvertible expressions* » (*Rationale*, III, p. 219).

⁸⁵ *An Enquiry concerning Human Understanding*, sect. VII, part. 1 : « *The scenes of the universe are continually shifting, and one object follows another in an uninterrupted succession; but the power to force, which actuates the whole machine, is entirely concealed from us; and never discovers itself in any of the sensible qualities of body* » (D. HUME, *An Enquiry concerning Human Understanding*, éd. T.L. Beauchamp, Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 51).

⁸⁶ Comme le décrit Aristote dans sa superbe page sur la promotion du verbe dans *De l'interprétation*.

⁸⁷ *Rationale*, III, p. 277.

nous nous sommes particulièrement attachés. Au fond, il en va de même en physique, comme Hume le faisait voir volontiers dans ses *Dialogues sur la religion naturelle*⁸⁸.

Quiconque a lu quelques ouvrages de Lacan – qu’il s’agisse des *Écrits* ou des *Séminaires* – ne peut manquer d’être frappé, lorsqu’il lit des textes de Bentham, par l’adéquation de la recherche lacanienne que l’on peut inscrire dans le système de coordonnées RSI avec la recherche benthamienne qui, un siècle et demi auparavant, s’inscrit dans un système comparable, passe les œuvres des autres auteurs au même crible quand il les critique ou quand il les conteste, pratique constamment l’inversion de ce qui est tenu pour réel et de ce qui est tenu pour fictif, de ce qui est symbolique et de ce qui est imaginaire, etc. Même relativisation – pour ne pas dire mépris – du système des passions. Le langage devient la trame essentielle de tout ce qui est psychique. Mais il y a une différence considérable de l’un à l’autre qui est peut-être à l’avantage de Bentham, à moins que l’on y voie un reste de philosophie humienne : le primat des discussions dynamiques sur les autres, sémantiques, herméneutiques – j’entends par là les discussions qui mettent en jeu les forces, celles de la loi, celles des jugements, etc. Lacan a récusé cet aspect des choses en pensant que le jeu des signifiants suffisait. Au contraire, dans le sillage de Hume, Bentham le valorise. L’insistance sur le langage ne lui a pas paru un argument suffisant pour dévaluer radicalement la dynamique. Le *Rationale* est une réflexion sur la force des preuves ; leur nature, leur agencement. Cette originalité est peut-être ce qui a valu à cette œuvre d’être très peu lue, car ce genre de recherche est ordinairement disqualifié de tout côté.

VI. CONCLUSIONS

1. Le texte du *Rationale*, s’il a vieilli par bien des côtés, s’il est lié intimement au combat que Bentham mène, à la charnière des XVIII^e et XIX^e siècles, contre le droit anglais de *common law*, peut nous intéresser encore aujourd’hui où l’on hésite dans certains droits à introduire des considérations probabilistes et où l’on entend souvent défendre, comme un principe éthique fondamental, le principe de précaution censé dissuader le décideur de prendre des risques à notre sens trop facilement jugés comme inconsidérés. De la même façon que R.M. Hare aimait introduire et opposer des personnages à des moments-clés de son raisonnement, comme l’*archange* et le *prolo* dans *Moral Thinking*, on voit les éditeurs du premier volume du *Rationale*, Hunt et Clarke, opposer le *sage* et l’*imprudent*, the *wise* and the *foolish*, à propos du projet benthamien de demander aux témoins d’évaluer par des chiffres le degré de persuasion qu’ils ont dans leur témoignage. Ils citent Dumont qui, dans le *Traité des Preuves Judiciaires*, avait présenté le projet en ces termes :

Si on adoptait cette échelle, je craindrais que l’autorité du témoignage ne fût souvent en raison inverse de la sagesse des témoins. Les hommes réservés, ceux qui savent douter, aimeraient mieux, en plusieurs cas, se placer aux numéros inférieurs qu’au plus haut, tandis que ceux qui ont une disposition affirmative et présomptueuse, et surtout les hommes passionnés, croiraient presque se faire injure à eux-mêmes s’ils ne se portaient pas tout de suite au degré supérieur. Ainsi, les hommes les plus sages tendant à diminuer leur pouvoir, leur influence

⁸⁸ Huitième partie des *Dialogues sur la religion naturelle*.

sur la décision du juge, et les moins sages tendant à l'augmenter, il pourrait résulter de cette échelle un effet contraire à celui qui est attendu par l'auteur⁸⁹.

Comme s'il s'agissait pour le juge de prendre pour argent comptant le chiffrage que le sage et le fol imprudent assignent à leurs témoignages respectifs ! N'est-il pas possible au juge de faire une correction de l'exagération de prudence et de l'excessive imprudence ? Le refus des degrés sous prétexte qu'on peut les exagérer ou les sous-estimer n'est-il pas pire que ces exagérations elles-mêmes, qu'elles soient en « hyper » et en « hypo » ? En empêchant le jeu des probabilités, ne devient-il pas, sous prétexte de précaution, l'un des principes les plus erronés qui soient ? Ne faudrait-il pas que le principe de précaution s'applique à lui-même et nous conduise à prendre nos précautions contre lui-même ?

2. Une deuxième conclusion, assez liée à cette première, concerne la mise en question du juge au nom de l'informatique qui pourrait en disqualifier la fonction en ce qu'elle pourrait traiter les éléments d'information et leur assigner une valeur beaucoup mieux déterminée que ce que pourrait faire le juge le mieux disposé, le plus instruit et dont le jugement est le plus subtil. Ne pourrions-nous pas nous orienter dans les prochaines années ou décennies vers la suppression de la fonction du juge, puisqu'elle pourrait être supplantée par le calcul ? Certes, Bentham n'y a jamais pensé ; mais, précisément, son modèle « panoptique » de la force probatoire n'est-il pas devenu profondément archaïque et la distribution des forces ne suit-elle pas désormais des principes radicalement différents ? Plutôt qu'à un remplacement du juge, nous pensons à l'enveloppement du juge – comme des autres hommes, du reste – par des machines intelligentes qui changent la nature de son métier comme elles changent aujourd'hui radicalement celle de la plupart des métiers, à commencer par ceux que l'on estimait être essentiellement liés à l'activité du jugement.

3. Enfin, et le point a pu surprendre les lecteurs peu familiers des œuvres de Bentham : la théorie des fictions est la véritable instance critique de la réflexion benthamienne sur les preuves. Elle l'est même, comme nous l'avons vu, en divers sens. Cela pose un problème de cohérence, qu'elle est pourtant – si on l'en croit – censée résoudre. La compatibilité qu'elle recherche et que, jusqu'à un certain point, elle permet, entre les éléments logiques, psychologiques, physiques, ne se trouve-t-elle pas fragilisée et rendue ambiguë par le fait que la fiction est elle-même susceptible de diverses significations à propos desquelles se pose aussi un problème de compatibilité ? L'unification de l'utilitarisme benthamien par la théorie des fictions est-elle rhétorique ou permet-elle une consistance supérieure ?

Il nous frappe que, dans le *Rationale*, la théorie des fictions est, une fois de plus, conviée en un sens qui tient compte de besoins nouveaux ; nous savons que, dès le premier ouvrage publié en 1789, l'*Introduction aux principes de la morale et de la législation*, Bentham faisait usage de cette théorie en droit. Le développement de son œuvre au cours des quatre décennies qui ont suivi a montré le déplacement de sa théorie quand elle s'est ouverte sur les sciences, sur les mathématiques, sur les techniques, sur l'enseignement, sur une nouvelle façon d'envisager la critique religieuse, et donc, presque conjointement dans ce *Rationale* qui nous a paru ouvrir un champ original aux *Axiomes de pathologie*. Le problème qui se pose est de savoir si cette théorie, si adaptable, si ployable, si ductile, fait, par là, la preuve de son efficacité ou si, au contraire, cette adaptabilité n'est pas aussi suspecte que celle des

⁸⁹ *Rationale*, I, p. 107.

mathématiques telle que l'envisage Hume. Si la théorie des fictions est un leitmotiv, un fil rouge, en quelque domaine que son œuvre travaille, si elle n'est évidemment pas disposée de la même façon quand elle est destinée à rendre compte du renversement paulinien du christianisme de Jésus et de ses apôtres historiques et quand il s'agit de rendre compte de la force probative des arguments juridiques, cette polyvalence de la théorie des fictions n'est-elle pas un danger ? En d'autres termes, si la théorie des fictions résout les contradictions mieux que Kant et Hegel ne résolvent les leurs, on peut convenir qu'elle unifie l'œuvre à quelque domaine qu'elle s'ouvre, mais unifie-t-elle, à chaque fois et mieux que rhétoriquement, le savoir auquel s'intéresse cette œuvre ?

Jean-Pierre Cléro

Jean-Pierre Cléro est Professeur émérite de philosophie à l'Université de Rouen ; il est membre du Centre Bentham à Sciences Po – Paris. Il a contribué à la traduction et à l'édition de *l'Introduction aux Principes de Morale et de Législation*. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages sur l'utilitarisme classique (comme *Bentham, philosophe de l'utilité*) ou écrits dans une perspective utilitariste (*Calcul moral ou comment raisonner en éthique*). Il a traduit plusieurs autres ouvrages de Bentham, de Stuart Mill, de Moore et de Harsanyi. Le fil conducteur de son travail en éthique, mais aussi en philosophie de la politique et du droit, qui fut d'abord celui d'une philosophie des passions, en particulier chez Hume, s'est graduellement infléchi dans le sens d'une philosophie des fictions, envisagée dans ses implications en toutes sortes de secteurs, tant de l'art que des sciences, des techniques et des pratiques. Au sujet des questions éthiques, il a publié dans diverses revues (*Revue Française d'Éthique appliquée*, *Cahiers de l'espace éthique de l'université Paris Sud*) et enseigné dans diverses universités et CHU. Son activité n'est pas purement théorique. Il est membre de plusieurs « espaces éthiques » où il s'agit de donner son avis sur diverses questions éthiques telles qu'elles se posent aujourd'hui. Il n'envisage pas comme séparables ses activités d'enseignement et d'écriture, d'une part, et ses activités de conseil dans les questions éthiques – le plus souvent médicales – à Rouen (au CHU et en psychiatrie au CHR) et à l'étranger (à Bucarest et à Québec, dont les universités sont liées à celles de Rouen).

Les inférences dans les raisonnements probatoires

An inference may be likened to a push given to a wheelchair in which the thinker is sitting. The door of the room is open, and the chair is pointed towards the door. Party A gives the chair a push in the direction of the door; Party B gives the chair another push in the same direction; and Party C then does the same. No one push suffices to get the chair to the door; possibly not all three. In the meantime, Party M gives the chair a push away from the door, and Party N gives another similar push. [...] The movement of the chair at each single push is like an Inference. The final position of the chair is like Proof, – the chair may or may not have reached the door¹.

INTRODUCTION

Raisonnement avec les preuves implique de réaliser des inférences, c'est-à-dire de tirer des conclusions à partir d'un ou de plusieurs éléments de preuve disponibles². Les inférences sont un élément central dans les raisonnements réalisés par les individus avec les preuves, que ce soit dans le cadre judiciaire – qui occupera nos réflexions dans ce texte – ou dans tout autre contexte probatoire³. Jeremy Bentham y voit un caractère général de la preuve :

toute preuve comprend au moins deux faits distincts : l'un que l'on peut appeler le *fait principal*, celui qu'il s'agit de prouver qu'il existe ou qu'il n'existe pas ; l'autre le *fait probatoire*, celui qui est employé à prouver le oui ou le non du fait principal. Toute décision fondée sur une preuve procède donc par voie de conclusion : *Tel fait étant donné, je conclus à l'existence de tel autre*⁴.

¹ J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, Boston, Little, Brown & Co., 1937, p. 9-10.

² *The Cambridge Dictionary of Philosophy* définit une inférence comme « le processus consistant à tirer une conclusion de prémisses ou de propositions, ou dans un sens plus large, comme la conclusion ainsi tirée » (voir « Inference », in *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

³ Sur la place des inférences dans la preuve des faits hors du domaine judiciaire, voir le dossier « On Evidence and Inference », *Daedalus*, vol. 87, n° 4, 1958 ; W. TWINING et I. HAMPSHER-MONK (dir.), *Evidence and Inference in History and Law. Interdisciplinary Dialogues*, Evanston, Northwestern University Press, 2003.

⁴ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, éd. E. Dumont, vol. 1, Paris, Bossange Frères, 1823, p. 16.

Deux précisions s'imposent immédiatement. D'abord, les raisonnements qui nous intéressent ici sont ceux que font les êtres humains avec les preuves, incluant aussi bien les raisonnements des juges que ceux des jurés, des parties au procès, de leurs avocats, de toute personne qui analyse les preuves et prétend en tirer des conclusions. Ainsi, il est retenu une conception large de la preuve en justice qui ne se limite ni à l'audience, ni au dossier de procédure, mais qui inclut aussi les opérations préparatoires au procès. Chacune des personnes engagées dans ce processus raisonne avec les preuves, et cela à partir du point de vue qui est le sien. Cela explique que les parties puissent proposer des récits divergents à partir des preuves disponibles et que des juges puissent faire une analyse différente du dossier. Les juges disposent bien, en vertu du pouvoir que leur confère la loi, du pouvoir de décider qu'il y a des éléments suffisants en faveur d'un fait donné et de le considérer comme prouvé⁵. Ce faisant ils imposent la conclusion de leur raisonnement probatoire : de même que les juges établissent, selon Kelsen, une interprétation authentique des normes pour un cas concret⁶, ceux-ci imposent leur décision sur l'existence d'un fait prouvé. Mais en aucun cas cela ne signifie que les juges se livrent à des opérations de raisonnement d'une *autre nature* que celles auxquelles procèdent les parties, leurs avocats ou toute autre personne – y compris les chercheurs – ayant accès au dossier de la procédure⁷.

Ensuite, on relèvera que les raisonnements probatoires s'opèrent significativement (mais non exclusivement, comme on le verra) à partir de propositions de fait qui sont les signifiés des éléments de preuve réunis. Ainsi, les inférences probatoires ne sont-elles pas réalisées en tirant des conclusions des éléments de preuve réunis (tel témoignage, telle lettre missive) mais en articulant des énoncés qui sont la signification de ces éléments de preuve (tel fait découlant du témoignage ou de la lettre missive). Ce point mérite qu'on y insiste. Les habitudes de pensée héritées des constructions savantes médiévales et l'existence de dispositions législatives et réglementaires sur la preuve dans le code civil et dans les codes de procédures civile et pénale français, ont conduit les juristes à prêter une attention presque exclusive aux modes de preuve, c'est-à-dire à des catégories de preuves pouvant être offertes dans le procès. Cette orientation classique des analyses sur la preuve a favorisé une certaine confusion entre les modes de preuve (les catégories) et les éléments de preuve, qui désignent les occurrences de ces catégories (le témoignage de X, l'écrit signé par telle personne). Cette manière d'analyser la preuve en justice a cependant vite montré ses limites dans la mesure où tous les éléments de preuve dont on dispose n'entrent pas nécessairement dans l'un des modes de preuve que la loi prévoit. Il en résulte parfois un repli de l'analyse juridique de la preuve sur le droit de la

⁵ Sur la signification de l'affirmation de ce qu'un fait est prouvé, voir J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 37 *sqq.*

⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Paris, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 340-341.

⁷ Si Toulmin, Rieke et Janik reconnaissent des caractères propres au raisonnement juridique (c'est-à-dire, pour eux, en justice), cela ne concerne que certaines de ses modalités et nullement les opérations fondamentales du raisonnement, qui sont communes à tous les domaines du raisonnement pratique (S. TOULMIN, R. RIEKE et A. JANIK, *An Introduction to Reasoning*, New York, Mcmillan Publ., 1979, p. 195 *sqq.*). Des travaux empiriques ont montré que les opérations de raisonnement menées par les jurés et par les juges professionnels étaient de même nature : W.A. WAGENAAR, P.J. VAN KOPPEN, H.F.M. CROMBAG, *Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1993.

preuve (l'analyse de la preuve en justice est ramenée aux modes de preuve régis par la loi) ou, dans le meilleur des cas, le recours à une catégorie large « d'indices » censée accueillir le vaste reliquat des éléments de preuve qui n'apparaissent pas parmi les modes de preuve nommés⁸. Or, les raisonnements probatoires, et les inférences qui en constituent le cœur, ne s'opèrent ni à partir des modes de preuve, ni à partir des éléments de preuve mais, en première analyse, à partir des propositions factuelles signifiées par les éléments de preuve dont on dispose (on ajoutera, pour y revenir par la suite, que d'autres propositions factuelles interviennent aussi dans les raisonnements probatoires). Il importe donc, pour pouvoir réaliser des inférences qui permettront d'établir la preuve des faits en justice, de déterminer au préalable la signification des éléments de preuve en présence, étant entendu qu'un élément de preuve donné (un témoignage, un écrit, un enregistrement, etc.) peut signifier plusieurs propositions factuelles et qu'un accord ne se réalise pas nécessairement sur cette signification. Il en résulte que l'on ne peut jamais être certain d'avoir épuisé l'ensemble des propositions de fait signifiées par les éléments de preuve disponibles et que, corrélativement, plusieurs personnes peuvent avoir des interprétations distinctes de ce que sont ces propositions de fait. Par conséquent, plusieurs raisonnements probatoires peuvent valablement coexister, pluralité parmi laquelle les juges devront trancher par une décision de fait prouvé.

Envisagées dans toute leur généralité, les inférences peuvent être aussi bien déductives que non déductives. Les inférences sont dites déductives si le passage des prémisses à la conclusion s'opère, conformément à la logique formelle, de telle manière qu'il est logiquement impossible que toutes les prémisses soient vraies si la conclusion est fausse⁹. Si les raisonnements impliqués dans la preuve en justice peuvent être décrits normativement au moyen de la logique formelle, il est clair que les raisonnements observés de manière empirique dans les procès ne sont pas déductifs¹⁰. Les personnes qui raisonnent avec les preuves (les juges, les parties, leurs avocats, etc.) ne suivent pas les règles de la logique formelle mais se livrent à des opérations de raisonnement ordinaires. Dès lors, on n'a pas affaire dans l'analyse des preuves à des inférences déductives, mais à des inférences ordinaires, non déductives. Celles-ci peuvent être soit inductives, soit abductives¹¹. La première figure de raisonnement consiste à inférer d'un ensemble incomplet de propositions que des éléments manquants doivent posséder les mêmes caractéristiques. La seconde implique d'élaborer des hypothèses capables d'expliquer le phénomène que l'on observe et, par confrontation avec les éléments dont on dispose, à retenir l'explication la plus vraisemblable.

⁸ Sur les modes de preuve nommés et innommés, voir E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, n° 442 *sqq.*

⁹ « Inference », *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, *op. cit.*

¹⁰ Étant donné que les raisonnements probatoires interviennent dans le contexte d'une pratique discursive, « les faits de langage sont soumis à des conditions de vérité mais [ils] ne se réduisent pas tous à une description strictement logique, et [il] est donc nécessaire de tenir compte de la situation empirique dans laquelle ils sont produits et interprétés » (P. CHARAUDEAU, « Inférence », in P. CHARAUDEAU et D. MAINGUENAU (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Seuil, 2002).

¹¹ Sur ces distinctions, voir D.A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, Northwestern University Press, 1994, p. 460 *sqq.*

Les inférences impliquées dans les raisonnements probatoires recouvrent deux aspects bien distincts. L'un est familier des juristes et pour cette raison est signalé en premier, encore qu'il soit logiquement second : les raisonnements probatoires conduisent à tirer un fait d'un autre fait, constituant ainsi une chaîne de raisonnements qui, dans les cas les plus simples, aboutit au fait à prouver (à la conclusion). Par exemple, de ce qu'une personne a été vue sortant d'une pièce, on tire qu'elle s'y trouvait, d'où l'on tire qu'elle a pu commettre l'acte illicite, etc. Ainsi, les inférences permettent de passer d'un fait à un autre, et finalement d'établir (ou non) que le fait contesté est prouvé¹².

Mais il est un autre aspect, tout aussi important, et moins clairement perçu : l'appréciation de chaque élément de preuve suppose pour elle-même l'existence d'une inférence. En effet, il convient de distinguer l'élément de preuve et l'occurrence de l'événement relaté par la preuve : pour savoir si l'événement s'est produit (si le fait est vrai), il faut inférer cette existence de la preuve disponible. David Schum formalise cette idée de la manière suivante : si E^* représente la preuve d'un événement et E l'événement lui-même, alors la détermination du fait de savoir si l'événement s'est produit (est vrai) suppose une *inférence* à partir de la preuve disponible¹³. D. Schum décrit ainsi la séquence : $E^* > \{E, E^c\} > \{H, H^c\}$, où E^* est la preuve de E (par exemple un témoignage), E est l'événement s'est produit (par exemple l'accusé tenait un couteau ensanglanté), E^c est l'événement ne s'est pas produit (par exemple l'accusé ne tenait pas de couteau ensanglanté), H est l'hypothèse que l'on a faite est vraie (l'accusé a tué la victime), H^c est l'hypothèse que l'on a faite n'est pas vraie (l'accusé n'a pas tué la victime). Ainsi, l'analyse de chaque élément de preuve suppose une inférence conduisant de la preuve au fait qu'elle relate¹⁴. Ce constat a permis, à partir des années 1970, un profond renouvellement des recherches sur les inférences probatoires en justice en ouvrant ces dernières vers une analyse probabiliste. Ainsi que l'affirme D. Schum, dans la mesure où « toute preuve est à un degré ou à un autre incertaine, l'inférence ne peut être

¹² Ainsi que l'illustre le texte proposé en exergue de cet article, J.H. WIGMORE envisage les inférences comme l'effet de chaque proposition factuelle sur les étapes intermédiaires du raisonnement (*interim probandum*), qui prises ensemble aboutissent à la preuve du fait contesté (*probandum*). La preuve (*proof*) est donc l'effet cumulé des inférences probatoires. Cette distinction, présente dès la publication de *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials* (Boston, Little, Brown & Co., 1913, § 1), est reformulée dans la troisième édition de l'ouvrage, et dernière assurée par Wigmore lui-même, sous le titre *The Science of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials* (Boston, Little, Brown & Co., 1937) : « *Inference is the persuasive effect of each separate evidentiary fact as to an Interim Probandum. Proof is the persuasive operation of the total mass of evidentiary facts, as to a Probandum* » (§ 4).

¹³ D.A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, op. cit., p. 18. Voir également A. STEIN, *The Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 93.

¹⁴ Cette affirmation conduit à contester l'idée – défendue par exemple par J.H. WIGMORE au sujet des preuves qu'il appelle « autoptiques » (J.H. WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, Boston, Little, Brown & Co., 1905, § 25), mais également présente chez des auteurs français comme Bonnier ou Aubry et Rau – que certaines preuves seraient immédiatement perçues par les sens (par exemple des éléments matériels – une arme... – présentés à la vue du tribunal) et que le passage de la preuve matérielle à son signifié s'opérerait sans recourir à une inférence. Sur cette critique, voir D. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, op. cit., p. 205.

exprimée qu'en des termes probabilistes¹⁵ ». Cette orientation renouvelée de la recherche sur les inférences probatoires a ouvert de nombreuses perspectives de recherche, la principale d'entre elles étant fondée sur les probabilités bayésiennes¹⁶.

Ainsi, la compréhension des inférences en justice impose de prêter attention aussi bien aux inférences dans l'analyse de chaque preuve, prise individuellement, que dans l'articulation des preuves entre elles. Ces deux niveaux d'analyse font naître des difficultés singulières et appellent une réflexion différenciée. On envisagera ici d'abord les inférences individuellement (I), puis prises dans leur ensemble (II).

I. LES INFÉRENCES DANS L'ANALYSE DE CHAQUE PREUVE PRISE INDIVIDUELLEMENT

L'inférence impliquée dans l'appréciation de chaque élément de preuve se révèle complexe et incorpore une variété d'opérations intellectuelles. L'inférence probatoire impose d'apprécier la pertinence, la crédibilité et la force probante (autrement appelée force inférentielle) de la preuve. À l'analyse, ces trois opérations sont diversement prises en compte par les droits de la preuve nationaux, révélant ainsi, en creux, la conception de la preuve en justice qu'abrite le droit français.

Pertinence

En premier lieu, l'inférence probatoire implique de déterminer la pertinence de la preuve. La question est ici de savoir si l'élément de preuve auquel on a affaire est bel et bien susceptible (sans que la mesure de son effet importe à ce stade) de renforcer ou d'affaiblir la croyance en l'exactitude du fait à prouver. Dit autrement, en reprenant les conventions de langage exprimées plus haut, il s'agit de savoir si la proposition E tirée de la preuve E* renseigne sur l'hypothèse H, soit qu'elle rende plus vraisemblable son existence, soit qu'elle l'affaiblisse. La pertinence d'une preuve désigne donc sa *capacité* à rendre une proposition, une hypothèse, plus ou moins probable qu'elle ne l'aurait été si cette preuve n'avait pas été considérée. Cette capacité à renforcer ou à affaiblir une hypothèse s'entend sans considération du *degré* auquel la preuve pertinente renforce ou affaiblit effectivement ladite hypothèse (ce degré, qu'exprime la notion de force inférentielle, sera examiné ultérieurement). La pertinence permet d'envisager si l'élément de preuve dont on dispose est susceptible de conduire *logiquement* à l'établissement du fait à prouver, soit qu'il renforce la croyance en l'exactitude de ce fait, soit qu'il conduise à penser que le fait n'est pas établi¹⁷. En ce sens, la pertinence est une adéquation *logique* entre la preuve et l'événement qu'il s'agit de prouver.

¹⁵ D. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Pour une vue synthétique de cette histoire et des principales voies d'analyse suivies, voir P. TILLERS, « Mapping Inferential Domains », *Boston University Law Review*, vol. 66, 1986, p. 883 ; D. SCHUM, « Probability and the Processes of Discovery, Proof, and Choice », in P. TILLERS et E.D. GREEN (dir.), *Probability and Inference in the Law of Evidence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1988, p. 213-270 ; D. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, *op. cit.*, chap. 7 et 8.

¹⁷ Pour une formulation bayésienne de la pertinence, voir R.O. LEMPERT, « Modeling Relevance », *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, p. 1021, en part. p. 1025 *sqq.*

Cette liaison a été bien vue par les spécialistes du droit de la preuve au Royaume-Uni et aux États-Unis. Ainsi, James Fitzjames Stephen renvoyait pour la définition de la pertinence (*relevancy*) au *Système de logique déductive et inductive* de John Stuart Mill : « nous en revenons à la logique inductive, qui montre que la preuve judiciaire ne constitue qu'un cas du problème général de la science, à savoir inférer ce qui est inconnu à partir de ce qui est connu¹⁸ ». Cette conception de la pertinence a été reprise par James Bradley Thayer, qui érigeait la pertinence en règle de recevabilité de la preuve¹⁹. L'édifice législatif étasunien doit beaucoup à la construction de Thayer, dont elle signe le « triomphe²⁰ ». Les Règles fédérales de preuve adoptées en 1975 (et amendées à plusieurs reprises depuis) indiquent ce qu'est une preuve pertinente :

Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action (Rule 401).

En principe, une preuve pertinente est recevable, à moins qu'une disposition particulière y fasse obstacle :

Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules [i.e. The Federal Rules of Evidence]; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible (Rule 402).

La notion de pertinence n'est pas inconnue du droit français, mais elle est marquée d'une « ambiguïté²¹ » tenant à la difficulté de distinguer la pertinence du fait et la pertinence de la preuve. En effet, la pertinence est envisagée en grande partie, si ce n'est essentiellement, par référence au *fait objet de la preuve*. Il est ainsi affirmé que la preuve doit porter sur un fait pertinent. Par-là est exprimée l'idée que seuls les faits qui sont susceptibles de déclencher l'application d'une règle de droit valide sont l'objet de preuve. Un fait qui serait indifférent, au vu des « éléments générateurs » du droit subjectif que l'on entend mettre en œuvre²², n'aurait pas lieu d'être prouvé et les juges pourraient écarter l'offre de preuve d'une partie ou refuser d'ordonner une mesure d'instruction. La détermination des faits qui déclenchent l'application de la règle constitue une question de droit. L'analyse des inférences impliquées dans l'appréciation des éléments de preuve – ainsi que l'atteste la lecture de certaines décisions de justice²³ – montre cependant que la pertinence est une exigence qui ne concerne pas seulement le fait objet de la preuve, mais également la preuve elle-même, qui doit être appréciée dans sa capacité à établir le fait disputé (fait que l'on suppose pertinent au vu de la règle de droit appliquée).

¹⁸ J.F. STEPHEN, *Digest of the Law of Evidence*, 4^e éd., London, McMillan, 1881, p. xi.

¹⁹ J.B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown & Cie, 1898, p. 265. Voir également, du même auteur, « Law and Logic », *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 2, 1900, p. 139-142.

²⁰ E. SWIFT, « One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph », *California Law Review*, vol. 88, p. 2437, en part. p. 2463.

²¹ Voir les développements d'E. VERGÈS, in E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 166.

²² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, Paris, Sirey, 1948.

²³ Voir les décisions analysées par E. VERGÈS, *op. cit.*, n° 166 *sqq.* Voir aussi H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, voir « *Frustra probatur quod non relevat* ».

Crédibilité

La réalisation d'une inférence permettant de passer de la preuve au fait prouvé implique d'apprécier la mesure dans laquelle l'élément de preuve analysé est digne de crédit. Il s'agit ici d'évaluer la crédibilité dont est revêtu l'élément de preuve, afin d'apprécier la mesure dans laquelle il doit *intrinsèquement* être pris en compte dans le raisonnement probatoire. Déterminer la crédibilité n'est pas apprécier la force probante ; il s'agit d'une opération distincte et préalable : un élément de preuve peut être crédible – ou dit autrement, fiable – mais ne renforcer que faiblement la probabilité de l'existence ou de l'exactitude du fait à prouver. La situation la plus simple est évidemment celle dans laquelle un élément de preuve crédible soutient fortement la probabilité de l'exactitude du fait à prouver (la crédibilité et la force probante sont l'une et l'autre grandes). Mais cette conjonction ne se rencontre pas nécessairement et il est possible qu'un élément de preuve peu crédible vienne établir fortement le fait en cause, ou qu'une preuve crédible n'ait qu'une force probante limitée. Dans ces cas de figure, l'appréciation du juge est rendue plus complexe par la nécessité de tenir compte de deux paramètres ne jouant pas nécessairement dans le même sens : le crédit de l'élément de preuve et la force probante qui y est attachée.

Les spécialistes du droit de la preuve se sont principalement attachés à la crédibilité des témoignages. Bentham, par exemple, avait discuté longuement de la crédibilité qu'il convient de reconnaître aux témoins selon leur appartenance sociale, leur sexe, leurs facultés intellectuelles²⁴, etc. L'expérience nous ayant enseigné, explique Bentham, que les assertions des tiers se révèlent parfois exactes, parfois inexactes, nous avons développé une disposition à croire aussi bien qu'à ne pas croire. Cependant, « comme les assertions vraies l'emportent de beaucoup en nombre sur les fausses, la disposition à croire est l'état habituel, le *non-croire* est un cas d'exception : pour refuser de croire, il faut toujours une cause spéciale, une objection particulière²⁵ ». Bentham se livre à un examen détaillé des raisons qui conduisent à douter des affirmations d'un témoin : dispositions morales, facultés intellectuelles, mémoire, imagination, etc. La crédibilité ainsi déterminée, Bentham envisage la force probante qu'il est possible de reconnaître au témoignage à partir de la figure d'un témoin « moyen » : un individu seul, pris au hasard dans la classe moyenne, d'une intelligence commune et d'une probité sans objection. Cette force probante moyenne pourra à son tour être renforcée par certaines circonstances (appartenance à une classe supérieure, pluralité de témoins) ou diminuée par d'autres (qualités morales, conditions de réalisation du témoignage, preuves en sens contraire, etc.)²⁶. La voie ouverte par Bentham a été poursuivie aux États-Unis par John Henry Wigmore, qui se livre à une analyse détaillée des qualités morales, mentales (mémoire, capacité d'observation) et psychologiques qui contribuent à forger la crédibilité d'un témoignage²⁷.

Chez les juristes français, le travail le plus approfondi sur ce sujet est du à François Gorphe, qui consacre sa thèse à l'appréciation des témoignages en justice.

²⁴ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, op. cit., p. 33 sqq.

²⁵ *Ibid.*, p. 34.

²⁶ *Ibid.*, p. 81.

²⁷ J.H. WIGMORE, *Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, op. cit., vol. 1, § 483 sqq.

L'ouvrage sera publié peu après cette dernière²⁸ et recevra un écho important auprès des magistrats, des psychologues et des spécialistes de criminologie. Face au pouvoir d'appréciation des témoignages laissé aux juges par le législateur (« Honneur véritablement bien lourd ! »), « c'est bien à la science qu'il faut délibérément recourir²⁹ ». Prenant appui sur des travaux de psychologie publiés en France et à l'étranger, ainsi que sur l'expérience par lui acquise au sein des juridictions (lorsqu'il publie *La critique du témoignage*, en 1924, Gorphe a déjà exercé les fonctions de juge d'instruction au tribunal de première instance de Libourne et de juge au tribunal de première instance de Marennnes), Gorphe propose aux magistrats des clés d'appréciation de la crédibilité des témoignages. Suivant avec enthousiasme la voie ouverte par le fondateur de l'*Année psychologique*, Alfred Binet³⁰, Gorphe formule un véritable credo de ce que doit être la science de l'appréciation des témoignages :

La pratique judiciaire devra désormais choisir entre deux attitudes possibles vis-à-vis des témoignages : ou bien continuer à les apprécier routinièrement, *intuitu personae*, sans méthode, au risque d'erreurs grossières, ou bien mettre à profit les nouvelles données de la science du témoignage s'édifiant par le labeur de tant de savants (psychologues, médecins, psychiatres, juristes, etc.), pour tenter de soumettre les témoignages à une critique psycho-judiciaire méthodique et d'en tirer le maximum de vérité avec le minimum d'erreur. La science a irrémédiablement condamné le témoignage brut, comme moyen de preuve certain ; il n'a pas de valeur par lui-même, puisqu'il peut contenir l'erreur aussi bien que la vérité. Seule une bonne critique peut, en l'épurant de ses mauvais éléments, lui rendre une valeur probante³¹.

En dehors des témoignages, la crédibilité des preuves a suscité des recherches bien plus limitées, y compris chez François Gorphe, qui livre cependant une analyse approfondie des techniques permettant de repérer l'altération subie par un écrit dans le cadre des vérifications d'écriture³².

Force inférentielle

Ainsi qu'on l'a vu, l'appréciation de la crédibilité d'une preuve est bien distincte de celle de sa force inférentielle. La force inférentielle – plus fréquemment désignée par la formule, tenue ici pour équivalente, de force probante – désigne le degré par lequel une preuve donnée contribue à renforcer la probabilité que le fait à prouver est vrai. Ainsi, la pertinence et la crédibilité constituent des conditions de possibilité de la force inférentielle : l'une et l'autre expriment, à des titres différents, la *vocation* d'une preuve à avoir une certaine force inférentielle (indéterminée). L'appréciation de la force inférentielle revient donc à déterminer *à quel point et dans*

²⁸ F. GORPHE, *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 1924 (2^e éd. en 1927).

²⁹ *Ibid.*, p. 11.

³⁰ A. Binet publie en 1904, dans *L'Année psychologique*, la revue qu'il a fondée en 1894 avec Henri-Etienne Beaunis, un véritable plaidoyer pour le développement d'une science du témoignage : A. BINET, « La science du témoignage », *L'Année psychologique*, vol. 11, 1904, p. 128-136.

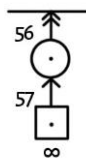
³¹ F. GORPHE, *La critique du témoignage*, op. cit., 2^e éd., p. 419.

³² F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, p. 177 sqq.

quelle mesure un élément de preuve donné renforce effectivement la probabilité d'une proposition factuelle intégrée dans un raisonnement probatoire.

Dans la représentation graphique des raisonnements probatoires qu'il propose, John Henry Wigmore recourt à des symboles différents pour figurer le crédit accordé à l'élément de preuve (le symbole représentant l'élément de preuve est assorti en son centre d'aucun, d'un ou de deux points selon le degré de crédibilité qui lui est reconnu) et l'appréciation de sa force inférentielle, c'est-à-dire le degré auquel cet élément de preuve vient renforcer la probabilité de l'exactitude du fait à prouver (une flèche simple ou double exprime une conviction forte, un point d'interrogation exprime un doute concernant l'effet probatoire de l'élément de preuve en question)³³.

Dans l'exemple suivant, le point situé dans le carré (preuve testimoniale) et dans le cercle (preuve circonstancielle) exprime le *crédit* accordé à ces éléments de preuve. Les flèches simple (inférée de la preuve testimoniale 57) et double (inférée de la preuve circonstancielle 56) expriment la *force inférentielle* qui est reconnue à ces deux inférences (en l'occurrence, elle est grande dans le premier cas, très grande dans le second).



J.H. WIGMORE, « The Problem of Proof », *Illinois Law Review*, vol. VIII, n° 2, 1913, p. 77-103.

Jusqu'à présent, on a raisonné sur la force inférentielle en considérant un élément de preuve donné : les juges infèrent la preuve d'un fait donné à partir d'un seul élément de preuve. Cependant, dans le procès, il est habituel que les juges doivent apprécier plusieurs éléments de preuve. Dans un cas simple, les preuves disponibles convergent et leur force inférentielle – qui n'a pas nécessairement la même intensité – s'accroît (par exemple, deux témoignages concordent et se renforcent, l'un ayant une grande force inférentielle, l'autre ayant une force inférentielle limitée). Mais il est également possible que les éléments de preuve disponibles divergent. Dans ce cas de figure, l'appréciation de la force inférentielle combinée pose des difficultés plus grandes³⁴.

En droit français, le choix a été fait dès la période révolutionnaire de laisser les juges et les jurés apprécier les preuves suivant leur intime conviction. La détermination de la force inférentielle des éléments de preuve est donc laissée à leur libre appréciation. Ce choix signifie que la loi ne dicte pas le degré de force inférentielle qui doit être atteint par une proposition factuelle pour que les juges ou les jurés puissent valablement considérer que le fait est prouvé. Ainsi, l'intime conviction n'indique pas que la force inférentielle doit être tellement grande qu'elle tend à la

³³ Sur la représentation graphique des raisonnements probatoires proposée par John Henry WIGMORE, voir J.H. WIGMORE et O. LECLERC, *Un jalon vers une « science de la preuve ». La représentation graphique des raisonnements probatoires*, Paris, Dalloz, 2019.

³⁴ Les diverses manières dont la force inférentielle de chaque élément de preuve se combine avec les autres seront examinées dans la seconde partie de ce texte.

certitude (l'inférence serait presque certaine), mais plus simplement que le juge n'est pas lié par un standard de preuve légal lorsqu'il détermine la force inférentielle que présente chaque élément de preuve.

La difficulté est plus grande lorsque la loi fixe, comme c'est le cas dans les pays de *common law*, des standards de preuve. Le standard de preuve désigne le degré de force inférentielle qui doit être atteint pour pouvoir valablement (du point de vue juridique, et non du point de vue logique) considérer qu'un fait est établi à partir d'un élément de preuve. La loi commande donc aux jurés et aux juges de franchir un certain degré de conviction pour pouvoir valablement décider que le fait à prouver est établi. Dans la plupart des pays qui connaissent des standards de preuve, ceux-ci ne sont pas identiques dans le procès civil et dans le procès pénal. Aux États-Unis, par exemple, le standard de preuve civil impose qu'un fait ne soit considéré comme établi que si les preuves à partir desquelles il est inféré rendent plus vraisemblable l'existence de ce fait que sa non-existence (*preponderance of the evidence*)³⁵. En matière pénale, un fait ne peut valablement être considéré comme prouvé que s'il est établi au-delà de tout doute raisonnable (*beyond a reasonable doubt*).

La notion de standard de preuve soulève bien des interrogations. Leur signification fait l'objet de vives discussions, alimentées par la grande variété des expressions qu'en donnent les juges américains lorsqu'ils adressent aux jurés les consignes devant guider leur appréciation³⁶. Ces débats ont remis en question la pertinence d'une analyse probabiliste de l'appréciation des preuves. En effet, il est courant (malgré, là aussi, d'importantes divergences de vues³⁷) de retenir une expression probabiliste des standards de preuve. On retient généralement que les standards *preponderance of the evidence*, *beyond a reasonable doubt* et *clear and convincing evidence* expriment, respectivement, une probabilité supérieure à 0,5 (50 %), 0,9 (90 %), 0,75 (75 %). Ainsi, un fait est prouvé si sa probabilité est plus élevée que le seuil fixé par le standard de preuve.

Entendus de la sorte, les standards de preuve imposent aux juges d'apprécier la force inférentielle de chacun des éléments de preuve et de déterminer si leur probabilité (la probabilité de leur exactitude) est supérieure au seuil légal. Mais une difficulté supplémentaire apparaît : le standard de preuve s'applique-t-il à la preuve de chaque fait qui entre dans le raisonnement probatoire ou concerne-t-il l'effet combiné des éléments de preuve disponibles ? Dit autrement, un standard de preuve fixe-t-il la force inférentielle qui doit être franchie par *chaque proposition de*

³⁵ Signalons que, aux États-Unis, un standard plus exigeant (*clear and convincing evidence*) est requis dans certaines matières civiles qui mettent particulièrement en cause les libertés individuelles.

³⁶ L. LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, en part. p. 34 *sqq.*

³⁷ Sur cette question, voir L. TRIBE, « Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process », *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 1329, en part. p. 1372 ; S. HAACK, *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 47 *sqq.* Pour une analyse en termes bayésiens des standards de preuve aux États-Unis, voir S.E. FIENBERG et M.J. SCHERVISH, « The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and for Legal Decisionmaking », *op. cit.*, p. 779 *sqq.* ; L.J. COHEN, « The Role of Evidential Weight in Criminal Proof », in P. TILLERS, E.D. GREEN (dir.), *Probability and Inference in the Law of Evidence*, *op. cit.*, p. 113-12, et dans le même volume, D. KAYE, « Do We Need a Calculus Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt? », p. 129-145.

fait pour pouvoir être considérée comme établie ou impose-t-il que la *combinaison* des éléments de preuve franchisse ce niveau de conviction ?

Plusieurs décisions de justice ont établi aux États-Unis que le standard de preuve doit être franchi par chacun des éléments de preuve, et non par les éléments de preuve combinés entre eux³⁸. Cette situation est à la source d'un paradoxe, mis en lumière par L. Jonathan Cohen³⁹ : en raison des propriétés multiplicatives des probabilités, deux propositions de fait qui, individuellement, franchissent le standard de preuve (par exemple, leur probabilité est de 0,6 dans un procès civil), peuvent ne pas y parvenir lorsqu'elles sont prises ensemble (si les deux propositions sont indépendantes, la probabilité de leur conjonction est égale au produit de leurs probabilités, soit ici $0,6 \times 0,6 = 0,36$).

Ce « problème de la conjonction » (*conjunction problem*) – auquel s'ajoutent d'autres paradoxes liés à l'analyse probabiliste des preuves – suscite de vifs débats⁴⁰. Ainsi que le montre Michael S. Pardo, un premier ensemble de travaux s'efforce de sauvegarder l'analyse probabiliste des preuves, soit en mettant en cause le fait que le standard de preuve devrait être franchi seulement par les éléments de preuve séparément (les éléments de preuve pris dans leur ensemble doivent également franchir ce seuil)⁴¹, soit en recourant à des conceptions alternatives des probabilités qui permettent d'ordonner les propositions de fait sans être tenu par les propriétés multiplicatives⁴².

À ces perspectives probabilistes, d'autres opposent une conception narrative de l'appréciation des preuves, qui évite les paradoxes liés à l'analyse quantitative des standards de preuve. R. Allen et M. Pardo proposent ainsi une conception narrative de l'appréciation des preuves, qui postule que les parties offrent des récits concurrents pour rendre compte des éléments de preuve et des circonstances de l'espèce.

³⁸ Voir par exemple *United States v. Delgado*, 672 F.3d 320 (5th Circ. 2012) et les références citées dans M.S. PARDO, « The Paradoxes of Legal Proof: A Critical Guide », *Boston University Law Review*, vol. 99, 2019, p. 233, note 16.

³⁹ L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 58 *sqq.*

⁴⁰ Pour une discussion approfondie, faisant le point sur ces débats, voir M.S. PARDO, « The Paradoxes of Legal Proof: A Critical Guide », art. cité, et les références citées. Voir également M.S. PARDO, « Juridical Proof, Evidence, And Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism », *Northwestern University Law Review*, vol. 95, n° 1, 2000, p. 399-442 ; R.J. ALLEN et M.S. PARDO, « Relative Plausibility and Its Critics », *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n°s 1-2, 2019.

⁴¹ D.A. NANCE, « A Comment on the Supposed Paradoxes of a Mathematical Interpretation of the Logic of Trial », *Boston University Law Review*, vol. 66, 1986, p. 947 ; R.D. FRIEDMAN, « Answering the Bayesioskeptical Challenge », *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 1, 1997, p. 276 ; D.S. SCHWARTZ et E. SOBER, « The Conjunction Problem and the Logic of Jury Findings », *William & Mary Law Review*, vol. 59, 2017, p. 619.

⁴² K.M. CLERMONT, *Standards of Decision in Law. Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad*, Durham, Carolina Academic Press, 2013, en part. p. 188 *sqq.* ; K.M. CLERMONT, « Conjunction of Evidence and Multivalent Logic », in H.P. GLENN et L.D. SMITH (dir.), *Law and the New Logics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 32-68 ; E.K. CHENG, « Reconceptualizing the Burden of Proof », *The Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, p. 1254. Sur les analyses non-bayésiennes de la preuve, voir P. TILLERS, « Mapping Inferential Domains », *Boston University Law Review*, vol. 66, 1986, p. 883.

Les standards de preuve connaissent ainsi une reformulation ordonnée autour de la *plausibilité relative* des récits offerts par les parties⁴³.

Selon cette analyse, les standards de preuve fixent des seuils auxquels sont confrontées les explications proposées par la partie qui supporte la charge de la preuve. Ces seuils varient selon le standard de preuve applicable, un standard élevé exigeant le franchissement d'un seuil plus élevé⁴⁴.

Ainsi, lorsque le standard civil de la prépondérance de preuve s'impose, les juges devront déterminer laquelle des explications proposées par les deux parties est la plus convaincante (*best available explanation*). La qualité d'un récit dépend de sa capacité à rendre compte du plus grand nombre d'éléments et de circonstances du dossier. Ainsi, « une explication favorise le plaignant si elle inclut tous les éléments juridiques de sa requête ; à l'inverse, une explication favorise le défendeur lorsque l'explication proposée [par la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve] ne parvient pas à rendre compte d'un ou de plusieurs éléments⁴⁵ ». Dans le procès pénal, où prévaut le standard plus strict de l'absence de doute raisonnable, le tribunal ne pourra décider de condamner le prévenu que si l'explication des preuves proposée par l'accusation est plausible (en ce sens qu'elle rend compte des preuves disponibles) et si la défense n'a proposé aucune explication alternative plausible. Enfin, lorsque s'applique le standard civil renforcé « *clear and convincing evidence* », le récit proposé par le demandeur doit être non seulement, aux yeux des juges, plus plausible que celui proposé par le défendeur (comme l'exige le standard de la prépondérance de preuve), mais cela doit être le cas de manière particulièrement claire.

Cette conception prolonge les perspectives ouvertes par L. Jonathan Cohen⁴⁶, en offrant des outils qui permettent de placer des raisonnements probatoires dans une relation d'ordre sans les soumettre à des opérations algébriques. Elle est également compatible avec les travaux de psychologie sociale qui montrent que les jurés (et les juges) apprécient les preuves en les intégrant dans des récits, qui doivent être aussi cohérents et complets que possible⁴⁷. Ce faisant, cette perspective ouvre sur une analyse globale des preuves.

⁴³ La doctrine étasunienne envisage le plus souvent les standards de la preuve sous l'angle de la charge de la preuve qui incombe aux parties (les parties doivent apporter la preuve de ce qu'elles affirment jusqu'au degré prescrit par le standard de preuve). Cela s'explique sans peine dans un système accusatoire, mais ne fait pas disparaître le fait que, *in fine*, en cas de contestation, c'est au juge qu'il revient de décider si le standard de preuve légal est, ou non, satisfait.

⁴⁴ M.S. PARDO, « The Paradoxes of Legal Proof: A Critical Guide », *Boston University Law Review*, vol. 99, 2019, p. 233, en part. p. 250 *sqq.* Voir aussi l'article séminal de R. ALLEN, « The Nature of Juridical Proof », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, p. 373 et le dossier qu'y consacre *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n^{os} 1-2, 2019.

⁴⁵ M.S. PARDO, « The Paradoxes of Legal Proof: A Critical Guide », préc. p. 250-251.

⁴⁶ L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, op. cit., 1977.

⁴⁷ N. PENNINGTON et R. HASTIE, « A Cognitive Model of Juror Decision Making: The Story Model », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, p. 519 ; D. SIMON, « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004, p. 511, en part. p. 559 *sqq.* Malgré l'adhésion générale de R. Hastie au modèle de la meilleure explication, voir les réserves qu'il exprime dans « The Case for Relative Plausibility Theory: Promising, but Insufficient », *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n^{os} 1-2, 2019.

II. LES INFÉRENCES DANS L'ANALYSE DES PREUVES PRISES DANS LEUR ENSEMBLE

Dans un procès, plusieurs éléments de preuve peuvent concourir à la preuve d'une même proposition de fait. Cette situation, très courante, vient ajouter à la complexité de l'analyse des inférences dans les raisonnements probatoires. Ces dernières ne s'apprécient alors pas seulement par référence à une preuve prise individuellement, mais aussi en relation avec les autres éléments de preuve. Ainsi, les raisonnements probatoires font intervenir des inférences multiples – « en cascade », pour reprendre le mot de David Schum et d'Anne Martin⁴⁸.

L'articulation des inférences dans les raisonnements probatoires prend des formes diverses. Cette difficulté avait été bien vue par John Henry Wigmore, qui soulignait les limites cognitives inhérentes aux raisonnements avec un grand nombre de preuves hétérogènes et, par conséquent, les risques d'erreur qu'ils emportent. La méthode graphique de raisonnement qu'il proposait aux juges d'adopter visait précisément à faire apparaître les multiples inférences qui ont soutenu leur raisonnement et la manière dont elles s'agencent. Les magistrats devaient ainsi pouvoir identifier d'éventuelles erreurs de raisonnement⁴⁹. Wigmore distinguait cinq processus probatoires susceptibles d'intervenir dans l'appréciation d'un ensemble de preuves⁵⁰ :

- la proposition de preuve d'une partie visant à établir le fait à prouver (*probandum*) (PA = *proponent's assertion*).
- l'explication proposée par l'adversaire portant sur d'autres faits qui a pour effet d'affaiblir l'inférence PA (OE = *opponent's explanation*).
- la contestation par l'adversaire de la proposition de fait à partir de laquelle est tirée l'inférence PA (OD = *opponent's denial*).
- la preuve par l'adversaire d'un autre fait, qui vient remettre en cause le fait à prouver (*probandum*), sans qu'il soit fait référence à l'inférence PA (OR = *opponent's rival fact*).
- La preuve par une partie de faits corroborants, qui viennent affaiblir les explications proposées par l'adversaire (OE) (PC = *proponent's corroborative facts*).

Les distinctions ainsi opérées par Wigmore dès 1913 aident à repérer que les raisonnements probatoires des juges ne se limitent pas à l'appréciation des preuves présentées par les parties. Si les juges doivent déterminer la force inférentielle d'un ou plusieurs éléments de preuve, il leur faut également apprécier les éléments qui sont de nature à renforcer la crédibilité des preuves (par exemple, la position du témoin, qui lui permettait d'avoir une bonne vue de la scène, renforce sa crédibilité) et les éléments relatifs à la validité de l'inférence tirée d'une proposition de fait à un autre. Inversement, l'adversaire pourra apporter d'autres éléments de preuve, s'efforcer d'amoindrir la crédibilité de preuves présentées par l'autre partie (par exemple, le témoignage présenté par une partie est affaibli par la nature des liens

⁴⁸ D. SCHUM et A. MARTIN, « Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence », *Law & Society Review*, vol. 17, n° 1, 1982, p. 105-151.

⁴⁹ J.H. WIGMORE, « Le problème de la preuve », in *Un jalon vers une « science de la preuve »*. La représentation graphique des raisonnements probatoire, *op. cit.*

⁵⁰ J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof*, *op. cit.*, p. 46.

qui existent entre le témoin et cette partie) ou les inférences tirées de ces éléments de preuve (par exemple, un fait donné peut avoir une autre explication que celle proposée par l'adversaire).

Combinaison d'inférences portant sur un fait entrant dans le raisonnement probatoire

Les inférences réalisées par les juges à partir d'une proposition de fait donnée supposent parfois qu'ils apprécient la force inférentielle d'autres éléments de preuve dont le premier est inféré. L'évaluation d'un élément de preuve dépend alors non seulement de la détermination par le juge de sa force inférentielle, mais encore de l'appréciation qu'il a faite des éléments dont cette preuve est elle-même inférée. Dès lors, l'adversaire pourra s'efforcer d'affaiblir aussi bien la proposition factuelle elle-même que l'une des propositions dont elle est issue, ou encore les inférences dont chacune a été à son tour tirée.

Les travaux sur les raisonnements probatoires relèvent une grande variété de combinaisons entre les propositions factuelles. John Henry Wigmore avait insisté sur l'une d'entre elles : les inférences en chaîne⁵¹. Des inférences se suivent, permettant de passer d'un fait à un autre jusqu'au fait à prouver (d'un fait, on infère un autre fait, duquel on infère un troisième fait, et ainsi jusqu'à la proposition finale). Dans ce cas, les inférences se suivent de manière linéaire. L'appréciation d'une inférence donnée dépend de l'inférence qui la précède, et ces inférences constituent autant de points d'attaque pour la partie adverse qui pourra s'efforcer d'affaiblir chacune d'elles (avec l'effet de remettre en cause l'établissement de la proposition de fait) ou d'apporter la preuve de faits nouveaux incompatibles avec l'une des inférences impliquées dans ce raisonnement en chaîne. La chaîne d'inférences est plus complexe lorsque l'une des propositions de fait qui la composent est elle-même inférée de *plusieurs propositions de fait indépendantes*. L'appréciation de la force inférentielle de cette proposition de fait, parfois appelée proposition « composée⁵² », dépend de l'appréciation des éléments dont elle est inférée. Là encore, envisager la situation dans la dynamique probatoire permet de dire que cette proposition factuelle doit être écartée comme non établie si l'adversaire apporte des éléments propres à remettre en cause l'une des inférences dont elle est issue.

Mais ce format d'inférences en chaîne n'est pas le seul présent dans les opérations de raisonnement impliquant plusieurs éléments de preuve. Sans dresser ici une typologie exhaustive⁵³, on mentionnera deux autres types de combinaisons d'inférences : la corroboration et la convergence. Ces deux formats de raisonnement partagent une structure logique commune mise en lumière par L. Jonathan Cohen⁵⁴ : dans les deux cas, la conjonction des deux prémisses augmente la probabilité de la conclusion plus fortement que chacune d'entre elles ne le fait séparément. Les deux faits viennent donc, pris ensemble, renforcer l'inférence dont

⁵¹ *Ibid.*, § 7, p. 13.

⁵² T. ANSERSON, D. SCHUM et W. TWINING, *Analysis of Evidence*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 104.

⁵³ Pour un exposé plus approfondi, voir D. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, *op. cit.*, p. 157 *sqq.* et chap. 8, p. 366 *sqq.*

⁵⁴ L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, *op. cit.*, p. 93 *sqq.*

est tirée une proposition de fait, à la condition que les deux faits soient indépendants l'un de l'autre.

Cependant, au-delà de ce point commun, la corroboration et la convergence renvoient à des raisonnements distincts. Deux éléments de preuve se *corroborent* lorsqu'ils tendent, indépendamment l'un de l'autre, à renforcer une inférence donnée. Cohen⁵⁵ et Wigmore⁵⁶ donnent l'exemple de deux témoignages qui portent exactement sur les mêmes circonstances, précision étant faite que ces témoignages doivent être indépendants l'un de l'autre : les témoignages ne se corroborent pas si un témoin ne fait que relater ce que l'autre lui a dit ou s'ils se sont concertés. La corroboration renforce la probabilité de la proposition de fait tirée des témoignages⁵⁷. Dans cette hypothèse, il revient au juge d'apprécier la crédibilité de chacun des témoins. Un second témoignage, s'il est indépendant du premier, peut venir compenser les doutes du juge (suggérés par une partie ou de son propre chef) sur la crédibilité du premier témoin. Deux éléments de preuve *convergent* lorsqu'ils conduisent, pris ensemble, à une même conclusion. Dans ce cas de figure, aucun des éléments de preuve ne suffit à lui seul à établir le fait à prouver, mais c'est par leur cumul qu'ils produisent cet effet. Cohen donne l'exemple suivant : supposons d'abord qu'il soit établi que A a été institué par B comme son héritier. Ce premier élément renforce la probabilité que A soit le meurtrier de B (il disposait d'un mobile). Supposons ensuite qu'il soit établi que A a été invité par B à dîner le soir où le meurtre a été commis. Cet élément renforce également la probabilité que A ait tué B (il disposait d'une occasion pour agir). Ces deux éléments convergent : pris ensemble, ils renforcent plus fortement la probabilité que A ait tué B que chacun des éléments pris individuellement (à la condition, là encore, que ces éléments soient indépendants l'un de l'autre⁵⁸).

Les inférences peuvent jouer dans le même sens (plusieurs témoignages convergent pour établir un fait donné, un témoignage et un enregistrement conduisent l'un et l'autre à renforcer la probabilité de l'exactitude du fait à prouver). Elles peuvent également porter en sens inverse : deux éléments de preuve divergent. Les juges doivent alors, pour prendre une décision relative à la preuve d'un fait, déterminer si la force inférentielle de l'un surpasse celle de l'autre. Wigmore estimait que les juges apprécient la force inférentielle des propositions de fait divergentes sans être guidés dans cette tâche par la loi, et surtout sans pouvoir prendre appui sur une théorie du raisonnement appropriée⁵⁹. Le tournant probabiliste de l'analyse des inférences probatoires a cependant permis d'avancer dans cette direction, sans

⁵⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁶ J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ Voir en ce sens J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, *op. cit.*, t. 1, p. 315 : « un fait qui augmente la probabilité peut être appelé un fait *corroboratif* ».

⁵⁸ Tel ne serait pas le cas si B avait délibérément invité à dîner toutes les personnes qui avaient un mobile pour le tuer... (L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, *op. cit.*, p. 94).

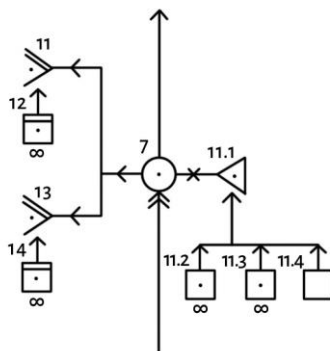
⁵⁹ J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof*, *op. cit.*, p. 318 : « *in short, for estimating the inferential force to be given to cumulative or contradictory witnesses, there is no more tangible general rule of reasoning than for circumstantial evidence. The problem is really only a part of the greater and general problem of the ultimate effect to be given to any mass of opposing evidence. [...] No systematic guidance has yet been discovered by science* ».

toutefois qu'une méthodologie pleinement opératoire n'ait pu être proposée aux juges⁶⁰.

Combinaison d'inférences portant sur une autre inférence

Dans l'analyse des raisonnements probatoires, il est encore utile de distinguer une autre forme de corroboration. On a vu que la corroboration pouvait désigner la manière dont deux éléments de preuve indépendants, pris ensemble, renforcent une proposition de fait. Un autre cas de figure, proche en ce qu'il s'attache à une situation où des éléments de preuve se renforcent, s'en distingue par le fait qu'une ou plusieurs propositions factuelles viennent renforcer une *inférence* donnée. Ainsi, l'inférence tirée d'un témoignage peut être confortée directement par certaines circonstances qui renforcent le crédit de ce témoignage (par exemple, le témoin était situé de telle manière qu'il avait une bonne visibilité sur la scène). De même, cette inférence peut être renforcée indirectement par des éléments de fait qui viennent contester les éléments mis en avant par l'adversaire pour affaiblir le témoignage.

Ainsi, suivant l'exemple proposé par Wigmore⁶¹, supposons qu'un policier témoigne de ce qu'une personne ne portait pas de chapeau, d'où il est inféré par le juge qu'elle l'a perdu en s'enfuyant. Ainsi qu'on l'a vu, l'adversaire peut proposer plusieurs explications à cette absence de chapeau (la personne est sortie sans chapeau, elle l'a perdu à cause du vent, etc.) et affaiblir ainsi l'inférence tirée du témoignage. Si, en revanche, il est démontré (par un autre témoignage) que la personne poursuivie portait bien un chapeau ce jour-là ou qu'il n'y avait pas de vent, ces éléments viennent corroborer l'inférence tirée du témoignage dans la mesure où ils affaiblissent les objections qui avaient été précédemment formulées à son encontre. Graphiquement, les preuves corroborantes sont représentées par Wigmore par un triangle fermé et les preuves explicatives sont représentées par un triangle ouvert (dessiné horizontalement). La mise en regard de ces éléments permet de visualiser la manière dont une inférence donnée est parfois renforcée, parfois affaiblie, par d'autres inférences. L'appréciation de la force inférentielle des preuves corroborantes et explicatives permet à son tour de déterminer la force inférentielle d'une proposition de fait donnée.



J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof*, op. cit., p. 876.

⁶⁰ Voir les développements approfondis dans D. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, op. cit., p. 367 sqq.

⁶¹ J.H. WIGMORE, *The Science of Judicial Proof*, op. cit., p. 43-44.

Ici, la proposition factuelle 7 (Young est mort alors qu'il semblait en bonne santé, trois heures après avoir bu le whisky) est affaiblie par deux preuves explicatives 11 et 13 suggérant que la mort pouvait avoir eu une autre cause que l'ingestion du whisky (une crise de coliques, auxquelles il était sujet, ou une blessure au côté qu'il avait récemment reçue, ce dont attestent respectivement les témoignages 12 et 14). Inversement, elle est corroborée par la proposition 11.1, qui écarte l'une de ces objections (les coliques n'auraient pas eu les symptômes que l'on a constatés sur Young ; seul le poison produirait de tels symptômes ; trois témoignages 11.2, 11.3, 11.4 corroborent la proposition 11.1)⁶². Ainsi, la force inférentielle d'une proposition factuelle ne dépend pas seulement de l'appréciation que les juges font de sa capacité à renforcer la probabilité de l'hypothèse considérée, mais elle peut également être appréciée en tenant compte d'autres inférences probatoires – elles-mêmes appréciées par le juge –, qui agissent dans des directions variables.

Généralisations et expérience ordinaire

La réalisation d'inférences à partir de propositions de fait implique nécessairement, du fait de leur caractère inductif, des généralisations. Celles qui sont fondées sur l'expérience acquise par les juges, en raison de leur pratique professionnelle et de leur expérience personnelle, ont retenu une particulière attention. Le titre même du traité publié par J.H. Wigmore en 1913 soulignait ainsi que l'analyse des preuves implique non seulement des opérations logiques et une analyse psychologique, mais encore l'expérience ordinaire (*general experience*)⁶³. Cette formule renvoyait à des généralisations relevant du « sens commun », qui sont généralement acceptées dans une société donnée. Par exemple, nous disposons d'un témoignage affirmant qu'une personne a été bousculée par une autre. Le juge en infère que cet événement a été à l'origine des violences commises, en retour, par la personne bousculée. Cette série d'événements est considérée par le juge comme « normale » ou « habituelle » : on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle se produise (ce qui ne signifie pas que ce comportement soit licite ou moralement acceptable). De même, un élément de preuve (une captation vidéo) nous indique qu'une personne est entrée dans un magasin d'alimentation à une certaine heure du début d'après-midi et nous en inférons qu'elle ne s'y trouvait pas en fin de journée, car il est habituel de ne pas passer plusieurs heures dans un tel magasin (mais cette généralisation peut aussi bien être contestée). Plus généralement, lorsque nous admettons de prêter foi au témoignage d'une personne ne présentant aucun biais de jugement connu, nous admettons la généralisation fondée sur l'expérience ordinaire selon laquelle un témoin qui n'a pas d'intérêt personnel à l'issue du litige donne un témoignage fiable⁶⁴.

Dès lors, la force inférentielle d'une proposition de fait peut être affaiblie en discutant la validité des généralisations sur lesquelles reposent les inférences. La capacité d'une partie à affaiblir les inférences proposées par l'adversaire ou réalisées par les juges varie considérablement selon les types de généralisations qui les

⁶² Pour une explication détaillée de cette représentation graphique, voir J.H. WIGMORE et O. LECLERC, *Un jalon vers une « science de la preuve ». La représentation graphique des raisonnements probatoires*, op. cit.

⁶³ J.H. WIGMORE, *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, op. cit.

⁶⁴ Ce dernier exemple est donné par A. STEIN, *The Foundations of Evidence Law*, op. cit., p. 65 et p. 94 sqq.

soutiennent. Dans les exemples donnés plus haut, on peut contester que l'attitude consistant à se montrer violent avec une personne qui nous aurait bousculé soit généralement vraie et l'on peut trouver d'autres explications justifiant que la personne ait passé l'après-midi dans le magasin (elle y est passée plusieurs fois après avoir comparé les produits vendus par plusieurs enseignes, elle devait disposer de produits frais, etc.).

Ces généralisations reflètent ainsi un ensemble d'appréciations sur ce qui est « normal », sur l'action et l'attitude qui conviennent, dans une société donnée. Il va de soi que s'expriment ici surtout les conceptions de la normalité que partagent les juges selon leur milieu social, et qu'elles laissent une place aux préjugés et habitudes de pensée les moins questionnés.

Mais les généralisations impliquées dans les inférences ne sont pas toutes tirées de l'expérience ordinaire et du sens commun. Anderson, Schum et Twining en donnent une typologie affinée⁶⁵. Ces derniers proposent de distinguer trois types de généralisations, saisies selon leur amplitude (l'inférence est faite pour tous les cas ou seulement pour le cas qu'il s'agit de juger), leur fiabilité (l'inférence prend appui sur une loi scientifique – par exemple, la loi de la gravitation autorise à inférer de ce que l'objet est lâché par la fenêtre qu'il est tombé – ou seulement sur des croyances communément partagées – par exemple, une personne qui a commis une infraction s'enfuit) et la source des informations qui servent de fondement à la généralisation (l'expérience acquise personnellement par la personne ou une croyance plus intuitive, dont la source n'est pas identifiée clairement). Cette classification peut être difficile à mettre en œuvre au cas par cas. Elle présente cependant le mérite de souligner le fait que les généralisations sont une opération mentale indispensable et inhérente à l'inférence, mais dont la solidité peut être très variable⁶⁶.

Cependant, ces généralisations restent le plus souvent implicites dans les raisonnements probatoires. Dès lors, il importe de rendre explicite ce sur quoi les juges fondent les généralisations qui soutiennent leurs inférences et d'en permettre la critique. Pour cette raison, la méthode graphique proposée par J.H. Wigmore fait apparaître les généralisations basées sur l'expérience ordinaire des juges au sein de la liste des propositions factuelles qui entrent dans le raisonnement. Ces généralisations sont également identifiées dans la représentation graphique du raisonnement probatoire par le symbole ¶⁶⁷. Aussi, pour apprécier la force inférentielle d'un témoignage donné, Wigmore distingue-t-il graphiquement deux éléments : d'une part, le fait même que le témoin est un ancien employé congédié par le défendeur

⁶⁵ T. ANDERSON, D. SCHUM et W. TWINING, *Analysis of Evidence*, op. cit., p. 102 et p. 266 sqq. L'ouvrage prend largement appui sur la conceptualisation proposée dans T.J. ANDERSON, « On Generalizations I: A Preliminary Exploration », *South Texas Law Review*, vol. 40, 1999, p. 455.

⁶⁶ W. TWINING, « Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact », *South Texas Law Review*, vol. 40, 1999, p. 351, en part. p. 357-358 : « Generalizations are dangerous in argumentation about doubtful or disputed questions of fact because they tend to provide invalid, illegitimate, or false reasons for accepting conclusions based on inference. They are especially dangerous when they are implicit or unexpressed. [...] Thus, generalizations are dangerous because, especially when unexpressed, they are often indeterminate with respect to frequency, level of abstraction, empirical reliability, defeasibility, identity (i.e., which generalization), and power (i.e., whose generalization). They are powerful vehicles of prejudice and bias that may be concealed ».

⁶⁷ O. LECLERC, *Un jalon vers une « science de la preuve »*, op. cit., p. 23.

et, d'autre part, « la vérité générale selon laquelle un salarié congédié aura tendance à se montrer hostile à l'encontre de son ancien employeur⁶⁸ ». Ainsi distinguées, ces deux propositions pourront l'une et l'autre être contestées. L'adversaire pourra établir l'inexactitude du fait allégué selon lequel le témoin avait été le salarié du défendeur. Mais il pourra aussi remettre en cause le bien-fondé de la généralisation fondée sur l'expérience ordinaire, soit en montrant qu'elle est inexacte, soit en montrant qu'elle n'a aucun fondement empirique, soit encore en admettant qu'elle est exacte en toute généralité mais qu'elle n'a pas, en l'espèce, de valeur (par exemple, parce que la relation de travail qui existait entre le témoin et le défendeur s'est terminée depuis suffisamment longtemps pour que cette hostilité se soit atténuée – idée qui repose à son tour sur la généralisation tirée de l'expérience ordinaire, elle aussi contestable, selon laquelle l'hostilité s'atténue ordinairement avec le temps).

Le recours aux généralisations pour la réalisation d'inférences ouvre ainsi un espace de contestation de l'appréciation de la preuve qui ne porte ni sur le fait prouvé lui-même (en prouvant un fait incompatible), ni sur l'élément de preuve proposé par une partie (en montrant son manque de fiabilité), mais sur l'inférence qui est faite par le juge d'une proposition de fait vers une autre. L'explicitation de ce qui fonde les inférences probatoires permet d'assurer le contrôle de leur rigueur et ouvre aux parties la possibilité de les contester. En droit français, la loi n'impose pas aux juges d'exposer dans la motivation de leur jugement les généralisations qui fondent leurs inférences. Il en va autrement en Espagne et dans les pays qui ont repris de telles dispositions du droit espagnol. La loi sur la procédure civile espagnole impose au juge d'apprécier les preuves présentées selon « les règles de la raison » (*sana crítica racional*). Bien que la loi espagnole ne précise pas ce que recouvre la *sana crítica racional*, un consensus s'est établi pour considérer que la formule vise les règles de la raison, les lois scientifiques et les généralisations tirées de l'expérience personnelle⁶⁹. L'article 158.1 du code de procédure pénale péruvien impose ainsi aux juges d'indiquer les fondements de leurs inférences : « pour l'appréciation des preuves, le juge devra suivre les règles de la logique, la science et les maximes de l'expérience ; il exposera les résultats obtenus et les critères retenus ». Le texte présente l'intérêt d'engager les juges à prendre conscience de la diversité des généralisations impliquées dans les inférences probatoires. Il reste qu'enrôlant sous la même bannière les règles de la logique, les connaissances scientifiques admises et l'expérience commune, le texte ne permet pas de saisir le fait que la preuve qui doit être rapportée par une partie pour remettre en cause les inférences n'est pas de même nature selon les généralisations qu'elles impliquent. S'il est clair que la remise en cause d'une inférence probatoire fondée sur des connaissances scientifiques requerra le plus souvent une expertise, rien n'indique la façon dont les « maximes de l'expérience » qui fondent une inférence peuvent être contestées.

*
**

La prise en compte des opérations de généralisation fondées sur l'expérience commune offre un regard renouvelé sur une vieille question du réalisme juridique

⁶⁸ J.H. WIGMORE, « Le problème de la preuve », art. cité., p. 21.

⁶⁹ X.A. LLUCH, *Las reglas de la sana crítica*, Madrid, La Ley, 2015.

portant sur la façon dont les orientations politiques du juge, et plus subtilement sa position dans l'espace social, influe sur son jugement. Cette question a été envisagée sous l'angle des rapports entre droit et politique par les réalistes américains⁷⁰. La mise en œuvre des règles de droit apparaît ainsi canalisée par la manière dont le juge se représente les enjeux politiques et sociaux de sa décision. La prise en compte des opérations de généralisation impliquées dans les inférences probatoires déplace cette question sur un terrain nouveau⁷¹. Les inférences fondées sur l'expérience commune – qui est en réalité celle des juges – constituent l'un des lieux majeurs où s'exprime, le plus souvent implicitement, les conceptions largement diffusées dans les milieux sociaux auxquels appartiennent les juges sur ce qui constitue la normalité, autrement dit les régularités sociales désirables. En prendre conscience permet non seulement d'entreprendre d'explicitier quelles sont ces généralisations implicites, mais aussi de les mettre en discussion et de les soumettre à la critique. Il y a là, sans doute, un terrain largement ouvert pour une expertise mobilisant les sciences sociales et mettant en œuvre un appareillage statistique descriptif de ce que sont les régularités sociales, au-delà des croyances que les juges peuvent en avoir. Le mécanisme de la généralisation fondée sur l'expérience ordinaire engage donc à fonder une « science de la preuve », non seulement dans les sciences médicales et psychologiques – domaines que privilégiaient Hans Gross, John Henry Wigmore ou encore François Gorphe –, mais également sur une connaissance robuste des faits sociaux. La science de la preuve est aussi une science sociale.

Olivier Leclerc

Directeur de recherche au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit (CER-CRID, UMR 5137), Université Jean Monnet (Saint-Étienne), Université de Lyon.

⁷⁰ Voir la synthèse proposée par É. SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000, p. 71 *sqq.* ; F. SCHAUER, *Penser en justice. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. S. Goltzberg, Paris, Dalloz, 2018, p. 129 *sqq.*

⁷¹ François Gorphe approuve ainsi Jérôme Frank d'avoir saisi l'influence de la « personnalité du juge » sur le jugement : « force est de constater qu'on ne peut éliminer les influences personnelles ; elles sont inévitables » (F. GORPHE, « La psychologie appliquée en justice », in H. PIÉRON *e. a.* (dir.), *Traité de psychologie appliquée*, livre VII, *Les grands domaines d'application*, Paris, PUF, 1959, en part. p. 1679). Mais c'est pour aussitôt rabattre le questionnement réaliste sur une perspective bien différente, relevant de la psychologie des juges et de leurs nécessaires qualités morales.

Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel

1. Preuve-vérité-démocratie : au carrefour de ces trois grandes notions, les présomptions sont-elles à leur place ? Il est certain que la matière figure dans le cadre de réflexion ouvert par ces termes ; mais elle souligne aussi bien les faiblesses des rapprochements immédiats que l'on peut faire entre eux. La preuve est bien moins destinée à l'exaltation de la vérité qu'à la conduite du procès. Et en matière de présomption, la relation entre la cause et les effets est loin d'aller de soi, ce qui fait apparaître la logique juridique dans son étrange réalité : elle n'a rien d'absolu, et les instruments mobilisés peuvent servir à tout autre chose qu'à établir des vérités.

Les rapports entre la preuve et la vérité judiciaire, ainsi qu'entre la vérité judiciaire et la vérité tout court, ont été un constant objet de recherche doctrinale, avec des fortunes diverses¹. On voudrait que le droit soit en perpétuelle recherche d'une incontestable vérité, et les preuves plus encore – ce qui n'est pas le cas comme l'étude le montre aisément². Qu'on l'admette ou non, le droit entretient un rapport distancié avec la vérité extérieure, prétendument objective : ce qu'il recherche, c'est bien moins une exactitude factuelle, assise sur des critères assurés, qu'une *vérité suffisante* pour les besoins qu'il éprouve. C'est dans cette perspective que s'inscrit la présomption, cette opération logique qui permet de tenir pour établies des choses qui ne le sont pas *a priori*, et qui parfois n'ont aucune raison de l'être. D'où cette idée d'une *vérité suffisante*, qui n'est pas la vérité objective sans pour autant être son opposé. Contrairement à la *fiction* par laquelle la règle de droit revient sur ses pas en démentant ce qu'une autre avait posé, ce qui confine au mensonge juridique³, la présomption ne cherche pas à dire le faux mais s'accommode de certitudes fragiles, précaires, qui ne sont posées que de façon provisoire. De ces incertitudes, le logicien se détournera avec dédain. Aura-t-il vraiment raison de les répudier ? Une meilleure compréhension des besoins juridiques lui montrerait que le monde que le droit construit n'est pas le monde réel, mais une grille plaquée sur lui pour y faire entrer du normatif : tout se passe comme si ce monde

¹ Sur cette relation, voir J.-L. HALPÉRIN, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, vol. 84, n° 1, 2009, p. 21.

² Voir par exemple, V. LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *D.* 2010.907.

³ Mensongère dans ses apparences, la fiction est un procédé qui a été plus souvent examiné que celui de la présomption, qui se dérobe à une appréhension simple. Voir G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1998 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 1995. Pour une comparaison entre les deux procédés, voir récemment A.-B. CAIRE, « Fictions et présomptions », in A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit*, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2015, p. 121.

était alors parcouru par une sorte de champ magnétique, à même de susciter des droits et des devoirs. Dans cette opération de polarisation d'un monde jusque-là inerte, nul ne se soucie de critères de vérité tant soit peu absolus, et notamment d'une exactitude qui aurait cours dans le monde extérieur. L'intérêt du phénomène présomptif tient aux avantages qu'il apporte au fonctionnement du droit, c'est-à-dire aux représentations immédiates qu'il permet de former, quand bien même elles seraient approximatives.

Comme le dit un auteur, le régime vérifonctionnel des présomptions

est celui de l'indécision ontologique et de l'expédient : on juge la pertinence d'une présomption à la qualité des services qu'elle rend et, de ce point de vue, il importe peu qu'elle soit plus ou moins probable, ou plus ou moins certaine, mais il est essentiel qu'elle soit bien trouvée⁴.

Pour entrer dans cette matière toute faite d'incertitudes, on commencera par un exemple permettant de saisir ce que sont les présomptions, et ce qu'elles peuvent apporter au monde juridique.

2. Soit la présomption de paternité, qui est l'une des les plus célèbres du droit français : l'une des plus anciennes, des plus contestées également, dont le rôle s'est aujourd'hui affaibli. On sait qu'elle remonte à la maxime romaine *pater is est quem nuptiae demonstrant*, et que l'actuel article 312 C. civ. rattache au mari de la femme l'enfant dont elle est accouchée pendant le mariage, ou juste après. La présomption est créatrice d'un lien de filiation entre l'enfant qui vient de naître et un adulte qui n'a rien fait pour l'établir. Il s'en faut de beaucoup que ce rattachement soit fondé sur des certitudes biologiques : on le sait, l'infidélité existe ! D'ailleurs, il arrive que la mère fasse elle-même tomber cette présomption quand elle en sait la fausseté, en décidant d'accoucher sous son propre nom sans faire référence à l'existence d'un conjoint. De même, il est au pouvoir de ce dernier de contester le rattachement de l'enfant en démontrant en justice qu'il n'en est pas le père biologique – ce qui se faisait autrefois par un simple désaveu de paternité, dans le cas où il était impossible qu'il eût été le concepteur de l'enfant.

Cette présomption peut donc être empêchée, ou ses effets contestés ; mais quand elle opère, de quelle raison d'être relève-t-elle ? Si l'on remonte à une époque où la preuve biologique de la paternité était impossible, la présomption jouait le rôle d'une assignation de filiation. En déclarant père le mari de la mère, la présomption créait une situation qui n'était certes pas intangible, mais qui incarnait un rapport souhaitable, qui au surplus n'avait *a priori* rien d'invraisemblable : les époux s'étaient mariés pour entretenir des rapports charnels, et possiblement pour engendrer. Il n'était donc pas absurde d'estimer, sans recherche plus poussée, que l'enfant né pendant le mariage devait être rattaché au mari de la mère, présomption qui se solidifiait rapidement au point de devenir incontestable. Il en allait d'autant plus ainsi qu'il valait mieux, jadis, que l'enfant eût la qualité d'enfant légitime plutôt que d'être tenu pour adultérin – ce qui justifiait l'intérêt d'un rattachement spontané à un couple marié, même s'il pouvait être mis en cause.

Dans un environnement juridique qui s'est profondément modifié, la présomption continue de produire ses effets. On sait que la notion de famille légitime a disparu, en même temps que la faveur qu'elle emportait ; que depuis la fin du siècle dernier, nous avons des moyens simples et efficaces de rapporter la preuve d'un

⁴ M. XIFARAS, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, 2011, p. 451, et spéc. p. 479.

lien biologique. Ce qui ouvre un autre rôle à la présomption : sans chercher à assigner un lien qui pourrait être artificiel, elle se borne à doter d'une paternité immédiate l'enfant de la femme mariée, qui pourra être contestée en cas de besoin. On retrouve toujours le même trait de la présomption, qui mime une vérité qu'elle ne cherche pas à cerner de trop près, comme si la vraisemblance lui suffisait. Il s'y ajoute quelque chose d'autre, qui tient intimement à la réalité de la sensibilité juridique : l'administration de la preuve est faite pour le procès, qui est une situation d'exception ; en dehors des prétoires, le droit fonctionne de façon substantielle et l'ensemble des présomptions vise à établir des situations fonctionnelles en l'absence de toute recherche. Cette économie de moyens entretient un rapport distancié à la vérité ; mais elle se situe dans ce clair-obscur que le droit substantiel apprécie, qui a besoin de fonctionner à partir de certitudes précaires.

Même quand les tests génétiques seront simplifiés jusqu'à s'incarner dans des kits largement accessibles, utilisables par le mari de l'accouchée dans une maternité, il est loin d'être certain que l'usage en devienne systématique. Face à un enfant qui vient de naître, qui a besoin d'une vérité crue, insupportable peut-être et de nature à compromettre l'avenir ? Si l'époux préfère se croire père, fût-ce sans lien génétique, qui s'en plaindra ? Il est bon pour l'enfant d'être doté d'une filiation, ne serait-ce qu'à des fins d'entretien ; et toute l'expérience du droit conduit à parodier une formule célèbre : on ne naît pas père, on le devient ! C'est le rapport quotidien à l'enfant qui fait le père, et une vérité contraire, scientifiquement établie, ne pourrait que gêner le développement du complexe de liens qui tissent la filiation – et tant pis s'ils sont fondés sur des croyances erronées.

En opérant un rattachement automatique de l'enfant au mari, la présomption n'entend pas établir une filiation conforme à la vérité biologique. La paternité est autre chose qu'un simple lien génétique, et le droit se contente de supposer un rapport qui pourra être contesté, mais qui peut aussi bien se révéler satisfaisant pour toutes les parties intéressées. Pour la femme infidèle, qui choisit de rester en couple avec son mari et souhaite que rien ne vienne révéler ses aventures anciennes ; pour le père, dont l'amour pour l'enfant se passe de savoir s'il est ou non issu de ses étreintes ; pour l'enfant qui a besoin d'un père à toutes les fins possibles – même si le débat sur la PMA nous affirme aujourd'hui son inutilité. Dans ce rapport triangulaire, quel poids faut-il attribuer à une vérité génétique ? Avec son grégarisme habituel, notre époque exige le dévoilement du secret des origines. La présomption de paternité s'y oppose par sa nature même, puisqu'elle opère à contre-courant de toute transparence ; mais qui peut vraiment regretter que l'on donne toute leur chance aux liens du quotidien ?

Il a semblé utile de développer l'exemple d'une présomption qui n'a plus le rôle primordial qui était autrefois le sien. Ce que montre avant tout cet exemple, c'est que les utilités d'une présomption peuvent être diverses, et que le rapport qu'elle entretient à la vérité n'est pas la meilleure façon d'en apprécier les mérites⁵. D'ail-

⁵ Un lecteur exigeant ne manquera pas de relever un biais dans la description de la présomption de paternité. On l'a constamment opposée à la filiation biologique, alors que ce sont des réalités d'un ordre différent. La génétique se contente de dire si le mari de la mère a fourni les gamètes, en oubliant que la paternité se fonde sur ce fait, mais également sur bien d'autres réalités qui

leurs, ne serait-on pas mieux inspirés de regarder du côté du souhaitable ? La présomption n'est-elle pas une façon pour le droit d'établir un monde conforme à ses vœux et à ses aspirations, même s'il n'a pas grand-chose à voir avec la vérité, au sens objectif du terme ?

3. Avant de rechercher les utilités des présomptions, de façon plus générale, il importe de présenter la catégorie elle-même, telle que les textes la dévoilent⁶. En dépit des récentes améliorations du droit positif⁷, il est difficile de l'ordonner de façon satisfaisante⁸.

Commençons par les apparences : en droit privé, les présomptions ont un rattachement fort à la question de la preuve, dans les deux fonctions qu'elles remplissent. De la façon la plus manifeste, la présomption peut intervenir comme mode de preuve dans les hypothèses où celle-ci est librement rapportable. L'essentiel étant alors que le juge soit convaincu, il peut se laisser persuader par des présomptions à condition qu'elles ne soient point hasardeuses. Ce que garantit le nouvel article 1382, qui reprend des textes passés en prévoyant que « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ». Cette règle s'abstient de définir la notion de présomption qui avait été présentée auparavant. Une sorte de définition figure en effet à l'article 1354, par une formule qui n'est pas absolument claire : « la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains ». Faut-il comprendre qu'il s'agit d'une qualité qui peut toucher des faits, alors considérés comme présumés ? On préférera estimer que la présomption est un phénomène normatif particulier, qui consiste à tenir un fait ou un acte pour certain sans que cette certitude ait été étayée. C'est bien ce qui singularise le mode opératoire de la présomption : en tant que norme, elle établit une réalité juridique sans la fonder, à partir de certaines prémisses qui entrent dans son présupposé, ce qui soumet cette réalité à la possibilité d'une invalidation par la preuve contraire. La réalité ainsi constituée est donc précaire par nature, relative à une situation où le procès n'est pas encore venu pour faire droit à des preuves exigeantes ; mais elle suffit à produire des effets substantiels tant qu'elle n'aura pas été contestée en justice.

Dans certains cas, elle opère donc comme un mode de preuve à la disposition du magistrat, libre d'être persuadé : ce sont les anciennes présomptions du fait de l'homme, qui continuent d'exister. Dans d'autres cas, elle opère tout autrement en

peuvent être considérées dans la prise en compte du lien juridique. Il arrive qu'un homme rencontre une femme enceinte, et élève l'enfant comme s'il en était le père : pourquoi ne pas y reconnaître une paternité certaine ?

⁶ R. BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Thèse, Paris, 1942 ; R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, LGDJ 1949 ; Cl. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, préf. E. JEULAND, Paris, IRJS éditions, 2013.

⁷ On songe évidemment à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui a réorganisé les textes par rapport à ce que le Code de 1804 avait construit, mais sans modification des notions en usage.

⁸ Une intéressante typologie a été faite par Mme Caire, à partir de son travail de thèse. Au sein de la matière, elle distingue les différents usages selon que la présomption est censée faire preuve, postuler l'existence d'une situation juridique ou, de façon moins claire, établir de véritables concepts (A.-B. CAIRE, « Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, avril-juin 2015, p. 311-323).

ce qu'elle est censée déplacer la charge de la preuve : c'est ce que précise l'article 1354 *in fine*, aux termes duquel « la présomption [...] dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve ». Telles sont les anciennes présomptions légales, celles qui sont établies par la loi, que le nouvel article distingue désormais selon la force attribuée à la certitude ainsi établie. Le législateur procède à cet égard de manière indirecte puisque c'est en fonction des possibilités de faire tomber la présomption que leur gradation est établie. Comme le dit le second alinéa de l'article 1354, la présomption « est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ». Il suit de là qu'au niveau le plus ordinaire se trouve la présomption simple, qui peut être contestée par tout moyen qui démontre l'inexactitude de ce que la règle tenait d'abord pour certain : il en va ainsi de la présomption de paternité, que la preuve d'une impossibilité biologique fait tomber. À un niveau intermédiaire, les moyens de contestation sont plus exigeants et définis par la loi : c'est par exemple la présomption de responsabilité qui ne peut être renversée que par un cas fortuit, ayant tous les caractères de la force majeure. On rencontre enfin la présomption irréfragable qui est celle qui installe un acte ou un fait de façon si absolue que la preuve contraire ne peut pas être apportée. La brutalité du procédé conduit à se demander s'il s'agit encore d'une présomption, ou si l'on est déjà entré dans le domaine de la règle de fond. Quelle que soit l'analyse que l'on propose, on se trouve assurément à la limite de la catégorie.

C'est ce qu'illustre l'examen du très célèbre adage *nemo censetur ignorare legem*. « L'adage n'est inscrit nulle part et pourtant il domine tout notre droit⁹ ». Il y en avait tout de même une trace dans l'ancien article 1, al. 3 du Code civil : « la promulgation faite par le Président de la République sera réputée connue ». À défaut, bien des justiciables tenteraient de se disculper en alléguant leur ignorance de la règle violée – dont il est d'ailleurs vrai qu'ils n'avaient qu'une connaissance flottante, dans la plupart des cas. Comment fonder cette présomption irréfragable de connaissance si elle ne repose sur aucun socle tant soit peu tangible¹⁰ ? Peut-être faut-il ici faire une distinction entre l'affirmation présumée, qui est évidemment contestable, et la règle qui ne l'est pas. On peut concevoir une règle impérative fondée sur la base fragile d'une présomption¹¹.

4. On commence à toucher du doigt l'ambiguïté des présomptions. Le mot renvoie d'abord à une catégorie légale qui entretient un rapport étroit avec la notion

⁹ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, LexisNexis/Litec, 1999, p. 579.

¹⁰ Est-elle d'ailleurs une présomption ou repose-t-elle sur une fiction de connaissance universelle des règles de droit ? Si l'on sentait derrière la formulation une affirmation de connaissance, on serait tenté de déduire à une fiction posée par la loi. Dès lors que, au contraire, il y a une supposition de connaissance, c'est bien plutôt le mécanisme présomptif qui est en jeu. Mais on admettra que la frontière est floue, d'autant qu'elle tient souvent à la façon de rédiger la norme. Si l'arsenal normatif contenait une règle proclamant : « nul contrevenant ne peut opposer son ignorance de la loi », on se trouverait en présence d'une règle de fond, et nul n'irait chercher la présomption de connaissance qui continuerait tout de même de la fonder (A. BAYART, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 27).

¹¹ En ce sens, G. ARON, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Thèse, Paris, 1895, n° 129, p. 71.

de preuve, catégorie connue du Code civil et non du Code de procédure civile. Certaines formes pourtant admises paraissent gênantes, telle la présomption irréfutable qui s'analyse possiblement en une règle de fond qui serait mal classée. D'un autre côté, le terme de *présomption* désigne un mécanisme qui se trouve souvent mobilisé en droit, consistant à considérer comme certain un acte, un fait ou toute autre réalité juridique, sans que l'opération présomptive soit toujours avouée.

On peut en prendre pour exemple le phénomène de la prescription extinctive. Le positiviste le plus intransigeant estimera sans doute qu'elle n'existe que parce que le législateur l'a prévue ; mais il n'est pas interdit de rechercher les raisons d'être de l'extinction qu'elle permet, c'est-à-dire la justification de l'acquisition de certaines situations par la durée. À cet égard, on peut considérer qu'elles sont fondées sur une présomption de légitimité de la situation de fait qui s'est établie dans la durée. Cela apparaissait plus nettement autrefois puisque, pour certains délais courts, on parlait de prescriptions présomptives¹². Cette réalité a disparu, mais on rappellera que leur régime

s'explique parce que les dettes qu'elles concernent sont de celles qu'on a coutume de régler rapidement, de sorte que, si le créancier est resté trop longtemps sans réclamer, la présomption légale est qu'il a dû recevoir son paiement, mais que le débiteur en a perdu la preuve¹³.

De façon plus générale, n'y a-t-il pas toujours dans l'extinction par prescription l'idée que le créancier négligent a accepté la libération du débiteur, en s'abstenant de lui demander des comptes plus tôt ? Cela signifie que certains mécanismes juridiques nommés, qui ne relèvent pas *expressis verbis* de la matière, sont tout de même fondés sur des présomptions – ce dont il faut bien tenir compte.

En sens inverse, il arrive que l'on croie être en présence d'une présomption parce que le vocabulaire y incite, alors que la chose est contestable. À propos du renouvellement du bail commercial, l'article L. 145-10, alinéa 4, C. com. énonce :

dans les trois mois de la notification de la demande en renouvellement, le bailleur doit, par acte extrajudiciaire, faire connaître au demandeur s'il refuse le renouvellement en précisant les motifs de ce refus. À défaut d'avoir fait connaître ses intentions dans ce délai, le bailleur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement du bail précédent.

On voit clairement l'apparence de présomption qui sert de soutien à la règle : c'est parce que le bailleur est considéré comme l'ayant voulu que le renouvellement du bail est prononcé, sans que le bailleur puisse invoquer quelque impossibilité qui serait à l'origine de son silence. Qui ne voit qu'il y a là une interprétation divinatoire de volonté, d'ailleurs parfaitement inutile ? Le texte fait intervenir un substrat psychologique là où il aurait suffi au droit français de considérer comme acquis le renouvellement du contrat, sans avoir à donner d'autre raison que l'épuisement du délai.

Il faut prendre garde au fait que l'on détecte souvent les présomptions dans la formulation de la règle de droit : telle chose est « tenue pour », « est censée », « est

¹² Indépendamment de cette expression, l'ancien article 1350 y faisait une référence indirecte : « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : [...] 2° les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ».

¹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, les obligations*, Paris, PUF, 2004, p. 2516.

réputée ». Ce vocabulaire suggestif ne renvoie pas toujours à des présomptions : toutes les fois qu'intervient le « réputé non écrit », il serait absurde d'en détecter une en raison des termes employés¹⁴, plutôt que de voir une affirmation tranchée de la loi ou du juge qui débouche sur un régime précis qui s'apparente à la nullité tout en prenant ses distances avec elle¹⁵.

5. Le monde des présomptions juridiques est donc difficile à saisir, d'autant que le rapport qu'elles entretiennent à la notion de vérité est incertain. Nous éprouvons toujours le sentiment que la preuve est à la recherche d'une vérité judiciaire, qui serait toujours une approximation de la réalité objective. En abordant la question de la présomption, on se déprend de cette idée reçue : ce n'est pas parce que la présomption peut souvent être mise en échec par la preuve contraire qu'elle cherchait à anticiper une vérité. Du reste, sa mission ne devait pas être référée à une question de cet ordre : le système juridique a des besoins spécifiques qui ne sont pas toujours en corrélation avec l'idée de vérité. S'il cherche à établir des situations *a priori*, ce n'est pas toujours qu'il les croie exactes, mais plus simplement parce qu'il a besoin qu'elles soient posées. Que recherche la présomption, si elle n'essaie pas nécessairement d'atteindre le vrai ? Pour le déterminer, on délaissera les présomptions judiciaires – celles qui relèvent du magistrat et qui sont assurément des modes de preuve –, pour s'intéresser aux présomptions légales que le droit français pose pour organiser le système juridique.

Parce que l'on cherche à reprendre une catégorie qui a fait l'objet de nombre d'inquiétudes doctrinales, on ne reprendra pas les classifications habituelles. Les juristes de droit civil ont ainsi pris l'habitude de distinguer les présomptions qui renversent la charge de la preuve, dites *anté-judiciaires*, de celles qui se contentent de déplacer l'objet de la preuve, en raison de la difficulté qui existe parfois à l'atteindre dans sa réalité, où l'on voit parfois les seules véritables présomptions. Mais pour confronter les présomptions à l'idée de vérité, c'est la catégorie tout entière qu'il faut examiner, sans s'arrêter à telle ou telle sélection doctrinale, quelle qu'en soit la pertinence technique.

Avant que d'être une catégorie nommée, la présomption est donc un mécanisme juridique dont il faut identifier les occurrences variées mais trompeuses (I), pour comprendre à quoi il sert dans ce monde étrange qui est celui des juristes (II).

I. L'IDENTIFICATION DES PRÉSUMPTIONS

6. Une des raisons pour lesquelles nous avons tant de mal à aborder la matière procède de ce que les présomptions les plus célèbres ont fini par nous faire perdre de vue ce dont il s'agissait effectivement. L'exemple de la *présomption d'innocence* est très parlant, en ce que ses excès ont fini par contaminer le vocabulaire courant d'une façon particulièrement grave, qui nous égare sur la réalité de la notion que l'on cherche à cerner.

¹⁴ Sur cette notion, voir S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, Economica, 2006.

¹⁵ Civ. 1, 13 mars 2019, n° 17-23.169, F-PB, D. 2019.1033, note A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE.

Qu'est-ce que la présomption d'innocence¹⁶ ? Historiquement, une considération de pure technique procédurale qui est devenue fondamentale dans la thématique des droits de l'homme. L'économie de cette présomption est intrigante, car il s'agit moins de protéger un individu que de formuler des exigences que la procédure pénale devra incarner en ce qu'elle doit organiser le procès sans jamais préjuger la culpabilité de l'accusé : faute d'en rapporter la preuve, il devra être relaxé. Comment y parvenir ? D'abord, par l'observation scrupuleuse d'un principe ancien, selon lequel le doute profite à l'accusé – *in dubio pro reo* ! On est ici dans une perspective absolue : pas de degrés entre la déclaration d'innocence et la culpabilité, selon la vraisemblance de la responsabilité pénale. De façon plus générale, l'ensemble des garanties de la défense incarne cette présomption au cours de l'instance : droit de connaître les chefs d'accusation, droit d'accéder au dossier, liberté de la défense, respect de la contradiction, privilège du dernier mot lors des plaidoiries... Enfin ce principe joue un rôle constant au regard de la liberté du prévenu : la détention provisoire ne peut être admise que si elle est justifiée ; la remise en liberté de l'accusé est immédiate, une fois qu'il est relaxé.

Cette présomption n'en est pas moins limitée par ses contradictions internes¹⁷. Si la possibilité de l'innocence est réservée par la loi, c'est précisément parce qu'elle est inquiétée par l'institution judiciaire. L'existence d'une enquête pénale fait peser un doute sur une personne : celui qui est soupçonné par la justice ne jouit plus de l'innocence idéale du quidam étranger à toute infraction. Cela est si vrai qu'au cours de l'enquête, la découverte d'indices convergents va faire évoluer son statut procédural au gré de l'alourdissement des soupçons : décision de placer l'intéressé en garde à vue ; de le déférer au parquet ; de le mettre en examen ; de le placer sous contrôle judiciaire, voire en détention provisoire ; de le renvoyer devant la juridiction du jugement, etc. Autant de stations d'un chemin de croix judiciaire, au fil desquelles la personne continue d'être officiellement tenue pour innocente dans le déroulement du procès. Cela ne signifie qu'une chose : seule la juridiction de jugement pourra retenir sa culpabilité, ce qui n'empêche pas les soupçons de l'institution judiciaire d'aller en se renforçant !

Cette présomption d'innocence a commencé de se transformer il y a une vingtaine d'années, en raison des menaces suscitées par les débordements des médias. Elle s'est subjectivisée en devenant un privilège, une sorte de droit individuel à l'intégrité de l'honneur et de la réputation. En 1993, le législateur l'a faite entrer dans le Code civil, à l'article 9-1 : « chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ». Dès lors, l'injonction cessait de s'adresser au système procédural, pour devenir un moyen judiciaire permettant à l'accusé de faire respecter son image : pour peu qu'il soit publiquement mis en cause alors qu'une enquête ou une instance pénale se trouveraient engagées, il pourra obtenir la restauration de sa réputation par des voies judiciaires. La présomption sort de son fonctionnement traditionnel, et la confusion sera totale avec la loi Guigou du 15 juin 2000, qui la protège notamment en interdisant la reproduction de photographies de personnes

¹⁶ Pour une description de l'évolution et de la complexification progressive de la présomption, voir R. BADINTER, « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 133.

¹⁷ Ph. CONTE, « Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence », *Gazette du Palais*, 2-3 juin 1995, p. 21-23 ; S. DETRAZ, « La prétendue présomption d'innocence », *Droit pénal*, n° 3, mars 2004, § 3.

menottées ou comparaissant devant un juge. D'une présomption d'innocence *judiciaire*, on passe à une présomption d'innocence *médiatique* : c'est devant le tribunal de l'opinion que l'on cherche à défendre le prévenu ou l'accusé !

Somme toute, on ne sait plus bien ce qu'est la *présomption d'innocence*. Un moyen de protéger les droits de l'individu face à l'institution judiciaire ? Une technique de préservation ou de réparation d'une image sociale abîmée ? Une façon détournée d'imposer une certaine déontologie à la presse ? Il n'y a d'ailleurs rien à objecter à cette diversification des fonctions à condition que l'on prenne la mesure des déplacements opérés, et que ces objectifs soient assurés avec succès – ce qui n'est pas le cas actuellement. Le résultat est que cette introuvable présomption d'innocence a fini par incarner le relativisme juridique le plus absurde : en présence d'une infraction, l'accusé est souvent présenté comme le responsable « présumé » des faits, quand la victime n'est pas elle aussi revêtue de cette épithète, qui laisse supposer que son préjudice pourrait être inventé. Finalement, quelle est la vérité du système français : l'innocence est-elle présumée jusqu'à ce que la culpabilité ait été démontrée, ou est-ce la culpabilité qui est envisagée jusqu'à ce que l'innocence ait été établie ?

Grâce à ce mécanisme démocratique essentiel, le terme de *présomption* a fini par incarner une situation de doute radical, exprimant le possible et l'incertain avant tout procès, sans faire aucune différence entre la victime et celui qu'elle accuse.

7. La très fameuse *autorité de chose jugée* constitue elle aussi une cause majeure de dévoiement de la notion. Sur le fondement du Code civil et de l'ordre des textes, elle est incontestablement présentée comme une présomption, à la suite d'une longue tradition remontant aux Glossateurs : l'ancien article 1351 C. civ., comme le nouvel article 1355, l'inscrivent à la façon d'un exemple de présomption juste après que la définition en a été donnée¹⁸. Or, dans son expression même, rien ne suggère l'existence d'une présomption :

l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Comment comprendre cette autorité ? En admettant qu'une fois qu'un litige est arrivé au bout des recours possibles, la décision judiciaire doit être considérée comme définitive. Cela implique une double conséquence : d'une part, versant négatif de l'autorité, il est impossible de recommencer le procès en saisissant une autre juridiction ; de l'autre, et c'est le versant positif, ce qui a été tranché peut être allégué devant un autre juge à la façon d'un fait désormais acquis. Dans cet ensemble, rien ne suggère l'existence d'une présomption ; tout au contraire, on est en présence d'une règle de fond qui arrête le cycle des recours à un moment précis, et confère une autorité certaine à la décision finale.

Si l'on cherche à y détecter une présomption, c'est parce que l'on prétend voir une présomption de vérité judiciaire au soutien de l'autorité, présomption qu'exprimait autrefois le droit romain : *res judicata pro veritate habetur*¹⁹. Il n'est pas certain que cette maxime continue de jouer un rôle dans notre système. Certes, la

¹⁸ L'article 1350 suggérait *expressis verbis* que cette autorité reposait sur une présomption : « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : [...] 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée ».

¹⁹ *Digeste* 50, 17, 207.

chose jugée n'a aucune raison d'être *a priori* considérée comme fausse ou incertaine ; mais si l'on arrête les procès après épuisement des recours, ce n'est certainement pas parce que l'on croit à la vérité de ce que le juge a retenu, mais parce que, à défaut, on pourrait s'épuiser dans le recommencement permanent des litiges, du moins tant que l'une des parties y trouverait un intérêt. Au reste, si le juge disait toujours le vrai, le jugement serait doté d'une force intrinsèque qui le placerait à l'abri de toute contestation. La présomption romaine ne peut donc jouer qu'un rôle marginal : elle n'est pas le support nécessaire d'une autorité qui resterait ce qu'elle est quand bien même on douterait de la valeur de la décision judiciaire.

On peut en donner deux preuves concrètes, qui s'ajouteront aux démonstrations rapportées par la doctrine dans les dernières années²⁰. D'abord, la jurisprudence *Césaréo* a étendu la sphère de l'autorité à des choses qui n'avaient pas été jugées, en estimant que l'exigence de concentration des moyens justifiait cette sanction²¹. On ne conteste pas ce renforcement de l'efficacité judiciaire ; mais où est alors le rapport à la vérité ? Par ailleurs, ce qui correspondrait le mieux à l'idée de vérité judiciaire, ce serait son renversement. Or, ce n'est pas dans l'autorité de chose jugée qu'on le trouve, mais dans la possibilité d'un recours en révision qui, selon l'article 593 du Code de procédure civile, « tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». Prévues par l'article 595, les causes de révision se réfèrent toutes à la révélation ultérieure d'un vice dans la décision rendue qui a depuis acquis l'autorité de chose jugée, vice qui a pu y favoriser une erreur de droit ou de fait.

8. Pour essayer de comprendre ce que sont les présomptions, il importe d'en cerner le mode opératoire. La confrontation du nouvel article 1354 et de l'ancien article 1349 C. civ. est à cet égard très instructive. Ce dernier en avait donné une définition fameuse dont l'ordonnance de 2016 a justement décidé de s'écarter : « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». La différence entre les formulations est nette. Hier, on évoquait le mouvement intellectuel permettant de passer d'un fait connu à un fait inconnu, ce qui faisait reposer la présomption sur un raisonnement remontant des indices au fait censé les commander, ce qui pouvait faire croire à la recherche d'une certaine vérité²². Aujourd'hui, le législateur se contente d'énoncer qu'un acte ou un fait est « tenu pour certain », ce qui signifie que la présomption opère par installation d'une croyance juridique qui peut être plus ou moins immotivée : la loi énonce le fait qu'elle établit sans que l'on sache pourquoi elle l'a souhaité. Ainsi des présomptions d'innocence ou de bonne foi, qui ne reposent sur rien d'autre qu'une vision rousseauiste de l'homme – que l'expérience peut contester.

²⁰ C. BLÉRY, « Qu'est-ce que l'autorité de chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures*, août 2007, § 11, et tous les articles contenus dans le dossier.

²¹ On vise par l'expression jurisprudence *Césaréo* l'ensemble des arrêts qui ont suivi la position de la Cour exprimée en 2006, selon laquelle « il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci » (AP 7 juillet 2006, n° 04-10.672, *Bull. AP* n° 8, p. 21, *D.* 2006.2135, note L. WEILLER). On parle aussi de *Principe de concentration des moyens* pour évoquer ce courant jurisprudentiel.

²² Un fait présumé pouvant se pulvériser en divers indices susceptibles de le révéler, le raisonnement est défaillant toutes les fois que l'on se contente d'un indice isolé. Telle est bien la sagesse de la loi, qui déclare sans désespérer depuis 1804 au moins que les indices doivent être « graves, précis et concordants » pour être persuasifs.

La loi a abandonné l'idée d'une logique inhérente à la présomption, qui faisait croire à une recherche de vérité. Mais il est une autre façon d'entretenir la même croyance, qui est tirée d'une autre logique. Parce que le fait établi par voie de présomption tombe devant la preuve de sa fausseté, on accrédite l'idée que la présomption se fondait premièrement sur une vérité qu'elle cherchait à anticiper : une vérité abstraite, donc, que seule peut troubler l'administration de la preuve, c'est-à-dire une vérité plus concrète. C'est ce que l'on aimerait ici contester, pour essayer de doter les présomptions d'une autre forme de dignité que ce rapport très incertain à la vérité.

9. Pour mener cette discussion, il faut distinguer les présomptions judiciaires des présomptions légales. Les premières sont un mode de preuve qui, en tant que tel, entretient un rapport certain avec la conviction du juge – et donc avec une forme de vérité judiciaire. Il est à cet égard inutile de prétendre que le juge peut se laisser convaincre par autre chose que ce qu'il croit être exact : un tel parti pris serait déplacé, et d'ailleurs dépourvu de fondement empirique. Il en va autrement de la présomption légale, qui ne se borne pas à déplacer la charge ou l'objet de la preuve, comme Martin l'avait jadis affirmé et comme l'article 1354 continue de le suggérer. On aimerait ici montrer que ces présomptions ont un mode opératoire double : on a rappelé qu'elles jouent un rôle probatoire par déplacement de celui qui doit prouver, ou de ce qui est à prouver. Pour autant, n'oublions pas qu'avant tout procès, c'est dans le droit substantiel qu'elles ont produit leurs premiers effets : sans égard pour une procédure qui n'est qu'éventuelle, elles induisent une réalité juridique immédiate en formant des réalités spontanées dans l'espace du droit. En cas de contestation, on passera du substantiel au judiciaire et les présomptions légales seront peut-être condamnées par l'administration de la preuve contraire, qui jusque-là n'avait pas droit de cité. Pour le dire autrement, les présomptions légales contribuent à établir le paysage du droit substantiel par des constructions délibérées : elles jouent ainsi un rôle essentiel en l'absence de conflit, et interviendront encore en cas de litige, mais alors sous l'angle probatoire.

Cette dissociation entre les présomptions, judiciaires ou légales, est importante parce qu'elles ne reposent pas sur les mêmes fondations. Si un juge est convaincu par des indices, c'est qu'il a éprouvé le sentiment d'une vérité : telles circonstances de fait le renvoyaient à une vérité jusque-là dissimulée ; d'où l'importance des indices, et du raisonnement permettant de remonter à une forme de vérité. Mais les présomptions légales sont d'une toute autre sorte puisqu'il n'est pas nécessaire qu'elles s'appuient sur des indices : on verra que le législateur pouvait avoir des raisons variées de déclarer telle situation, préalablement à toute administration de la preuve. Dès lors, toute étude qui s'appuie sur l'opération intellectuelle de déduction pour critiquer les présomptions légales manque son objet, en refusant de considérer cette différence dans les finalités²³.

10. Bien des progrès du droit civil sont nés de la confrontation de ses règles aux situations processuelles dans lesquelles elles s'incarnent : c'est en les examinant *in situ*, devant le juge, que l'on parvient à en mieux saisir la nature singulière. Il semble que les présomptions légales se révèlent à rebours : c'est en les dissociant de la procédure que l'on peut comprendre leur utilité première, qui consiste dans l'installation d'un monde de droits et d'obligations qui opère en l'absence de saisine judiciaire – ce qui constitue la situation la plus ordinaire, le procès n'intervenant que dans une quantité très modeste de situations. Les présomptions fondent l'état

²³ Cf. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, op. cit.

de base du droit substantiel, organisation qui peut être amenée à se dissoudre aussitôt que le juge entre en action : la procédure exige des preuves, là où le droit substantiel se borne à raisonner au regard de rapports installés par la loi. En l'absence de preuve dûment administrée, pour précaire qu'elle soit, cette organisation substantielle sera tout de même consolidée, comme si elle avait été l'anticipation de la position juridique effective.

II. LE RÔLE DES PRÉSOMPTIONS

11. Dans l'espace que dessinent les présomptions, quelles préoccupations juridiques incarnent-elles²⁴ ? C'est une chose d'affirmer qu'elles visent premièrement à organiser le monde substantiel, c'en est une autre de concevoir la configuration qu'elles y installent. À l'examen, il apparaît qu'elles ne poursuivent pas toutes le même but, au sens où les situations juridiques qu'elles établissent relèvent d'intentions variées – qui n'ont en général pas grand-chose à voir avec l'idée de vérité. On s'efforcera d'identifier quelques-unes des missions qu'elles prennent en charge en les retournant comme un gant, si l'on peut s'exprimer ainsi : en partant de ce qui est présumé, on essaiera de comprendre les intentions qui animaient le législateur en se décidant à les poser.

Avant de rechercher ce qu'elles font, on observera les limites du procédé : on ne peut pas présumer en toute matière. Il arrive que des règles de droit prennent la peine de relever l'impossibilité d'une présomption, qui ne peut d'ailleurs être qu'une présomption du fait de l'homme : la loi ne perdrait pas un instant à établir des limites pour elle-même, qui seraient de pure apparence : le législateur peut défaire à sa guise ce qu'il s'est premièrement imposé. Peu importe la nature de ces présomptions, car la limitation de leur domaine suggère que la loi met à l'abri de tout établissement incertain les actes considérés comme graves. En matière civile, l'article 2292 nous affirme que « le cautionnement ne se présume pas », ce qui signifie, comme la suite du texte le montre, « qu'il doit être exprès et qu'on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». Les mêmes réserves se retrouvent en matière de solidarité à l'article 1310, de même qu'en matière de novation : selon l'article 1330, « la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ». Peut-être, sur le fondement de l'article 804 qui interdit la renonciation à succession, la jurisprudence a-t-elle repris cette limite pour les renonciations à un droit, dont il est de principe qu'elles ne se présument pas : elles ne peuvent résulter que de manifestations positives²⁵.

Quoiqu'il ne concerne pas les présomptions légales, ce procédé limitatif est instructif en ce qu'il montre le malaise qu'éprouve le droit avec le mécanisme présumptif, dont l'utilité est néanmoins certaine. On ne peut pas présumer des situations qui engageraient l'individu en le dotant d'un passif ou en lui faisant perdre les droits dont il bénéficiait. La légitimité du procédé est ainsi circonscrite : le juge peut utiliser des indices « graves, précis et concordants », mais pas à toutes fins.

²⁴ Pour une tentative en ce sens, voir *ibid.*, p. 85 *sqq.*

²⁵ Com. 13 décembre 1960, *Bull. IV*, n° 410 ; Soc. 8 janvier 1969, *Bull. V*, n° 2 ; Civ. 2, 3 avril 1979, n° 77-11.361, *Bull. II*, n° 117 ; Soc. 12 juillet 1989, n° 86-41.668, *Bull. V*, n° 519, p. 314 ; Civ. 1, 20 décembre 1993, n° 91-19.612 ; Civ. 1, 4 octobre 2005, n° 03-13.375, *Bull. I*, n° 350, p. 291 ; Civ. 3, 19 janvier 2012, n° 11-10.389, *Bull. III*, n° 12 ; Civ. 1, 24 octobre 2018, n° 17-26.850, Inédit.

Les présomptions ont une finalité substantielle qui ne doit pas se retourner contre l'individu.

12. La *première fonction* qu'assument les présomptions n'est peut-être pas la plus importante pour le droit, mais assurément la plus expressive. Il s'agit d'établir une représentation de l'homme dans le cadre civil, de dessiner le portrait de l'*homo juridicus*. Toutefois, fidèles à leur méthode inversée, les présomptions représentent l'individu par *a contrario*, en désignant ce qu'il devrait être dans son état de base, à défaut de preuve contraire.

L'individu est d'abord un être libre, affranchi de tout lien obligatoire relevant du droit civil : il n'est ni débiteur ni créancier. Il est en effet bien établi depuis le droit romain que c'est à celui qui invoque une créance de la prouver pour qu'elle puisse produire des effets. Il s'en déduit que tout individu est réputé libre de tout lien de dépendance pécuniaire : il y est représenté comme une sorte d'isolat, et ce sont les obligations qu'il formera qui aboutiront à l'obliger, qu'elles soient volontaires ou non. En creux, l'adage *actori incumbit probatio*, que renouvelle chez nous l'article 1353 du Code civil, suppose un individu idéal qui ne doit rien : si le contraire s'impose parfois, c'est parce qu'il s'est engagé ou parce que la loi le prévoit – toutes choses qui devront être établies sans pouvoir jamais être présumées.

Dans la même perspective, l'individu en société est considéré comme un être sain d'esprit, ce que la loi ne vise qu'indirectement. Aux termes de l'article 414-1, « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ». On voit ici l'établissement du postulat, presque à l'état pur. On ne sait jamais vraiment pour quelle raison un individu décide de faire un acte juridique : *a priori*, on ne peut savoir si la personne était animée par un projet rationnel, ou si elle y était portée hors de toute raison. Mais la loi veut voir l'individu comme un être sain d'esprit, et qu'elle pose cet état par hypothèse. Il s'ensuit que la charge de la preuve du contraire repose sur ceux qui voudraient invalider cette confiance spontanément placée dans l'individu.

Cette *présomption de santé mentale* parcourt tout le droit civil pour des raisons idéologiques issues des lumières : ce droit est fondé sur les agissements de personnes, dont le consentement doit être libre et éclairé. C'est ainsi que l'affirmation précaire d'une capacité suffisante se retrouvera constamment à la façon d'un *leit-motiv*. Pour bénéficier d'une mesure de protection, l'article 425 exige que l'altération des facultés mentales ou corporelles d'un majeur ait été « médicalement constatée » : la pleine capacité est ainsi de nouveau présumée²⁶. Peut-être est-ce amplifier le domaine des présomptions, mais on observe par ailleurs qu'il y a comme une présomption de validité d'un contrat à l'article 1178, en ce que « la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». Disposition qui implique en creux qu'issu d'une rencontre de volontés, le contrat est *a priori* efficace par lui-même, parce que les individus étaient à même d'agir.

On peut poursuivre en passant de l'état de l'individu à son comportement social. Comment se comporte-t-il quand il agit avec ses semblables ? La réponse est donnée par l'article 2268 de façon solennelle, qui pose une *présomption de bonne foi* :

²⁶ Une autre confirmation se déduit de l'article 476 : « le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu ».

« la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». L'adverbe *toujours* marque d'une intensité particulière cet état de base de l'individu, puisqu'il est inutile sur le plan normatif. La personne agit *a priori* de façon correcte et légitime, en poursuivant également son intérêt et celui de son cocontractant. Dans cette conception presque platonicienne, la mauvaise foi ne peut être qu'une exception improbable, une éclipse temporaire intervenue dans la bonne nature humaine, qui doit être strictement établie. À nouveau, on serait bien en peine de justifier une présomption qui semble n'être fondée sur rien d'autre qu'une conception idéologique de l'individu et de la société civile. Pourquoi l'individu serait-il de bonne foi dans les diverses situations où le droit le rencontre ? Il n'y a évidemment aucune raison déterminante à cela, sinon une affirmation qui reflète une sorte de *wishful thinking* : la présomption incarne ce que l'on aimerait que soit la nature humaine.

À cette déclaration arbitraire, on peut adjoindre d'autres présomptions, et par exemple la *présomption d'innocence* que l'on a déjà évoquée. Le rousseauisme de la loi postule un homme bon, qui ne serait normalement pas susceptible de commettre de fautes : l'innocence est donc affirmée jusqu'au terme de la procédure pénale, et la culpabilité ne ressort que d'une preuve positive, servant de fondement à une décision passée en force de chose jugée. Quoi qu'elle soit bien plus importante par son rayonnement social, la présomption poursuit les efforts de la règle précédente dans le domaine pénal : l'individu agissant de bonne foi, de façon générale, il ne saurait être *a priori* considéré comme coupable — à moins que des preuves soient rapportées par un système répressif qui les aurait dûment pesées avant de se décider à se prononcer.

13. Une *seconde fonction* des présomptions peut être qualifiée de politique, au sens le plus noble du terme. On désigne par là des situations dans lesquelles les présomptions sont établies par faveur à une situation incertaine en elle-même, qui est néanmoins préférée à tous les autres possibles²⁷. La présomption pose cette préférence par une volonté d'établissement de telle situation juridique, alors qu'aucun élément ne permet de pencher en ce sens²⁸.

C'est évidemment ce que l'on observe avec la *présomption de paternité*, qui a toujours eu le désir de fixer l'enfant dans le statut le plus favorable : enfant légitime hier, enfant doté d'un père aujourd'hui. La volonté de « bilatéraliser » les situations a conduit à l'établissement d'une présomption de maternité qui poursuit également le désir d'installer le meilleur statut pour l'enfant. L'article 331-25 énonce, depuis 2005 : « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». Autrement dit, celui qui fait la déclaration à l'état civil ne se contente plus de désigner celle qu'il croit ou sait être accouchée de l'enfant : par cette identification, il établit aussi un rapport de filiation maternel qui n'est fondé sur aucun constat biologique. Il y a là une nouveauté, qui contraste avec la situation établie avant le mariage pour tous : la femme mariée était irréfragablement considérée comme mère de tout enfant dont elle accouchait, même

²⁷ C'est ce qu'un auteur nomme le fondement volontaire des présomptions : Cl. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, op. cit., n° 132 sqq., p. 92.

²⁸ Les droits de faveur, tel le droit du travail, sont évidemment des domaines où ce type de présomption se trouvera facilement. Plus un statut est protégé, et plus on trouvera de présomptions destinées à y rattacher des situations limites, pour lesquelles une autre analyse aurait été possible.

quand elle écartait la paternité de son époux ; en revanche, celle qui n'était pas dans les liens légaux du mariage devait reconnaître l'enfant, car elle n'était pas présumée vouloir établir une filiation avec lui, n'étant pas mariée. La présomption nouvellement posée est toutefois fragile : aux termes de l'article 332, « la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant²⁹ ».

De cette conception politique se rapproche la *présomption d'attribution de la nationalité française*, qui intervient lorsqu'aucune nationalité n'est transmise à l'enfant par ses parents. S'agissant d'éviter l'apatridie, la nationalité française lui est transmise de façon précaire par l'article 19-1 C. civ. ; il en résulte qu'il « sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, la nationalité étrangère acquise ou possédée par l'un de ses parents vient à lui être transmise ». Où l'on ne saurait d'ailleurs détecter aucune faveur à l'attribution de cette nationalité parce qu'elle serait française ; signe des temps, c'est la prévention de l'apatridie qui est le ressort essentiel de la présomption.

On peut rapprocher de cette faveur à l'établissement d'une situation des hypothèses de déclaration par la loi d'un certain statut, qui n'a pourtant rien d'évident. C'est ainsi que des époux qui se marient sans avoir pris le soin de rédiger un contrat de mariage sont réputés mariés sous le régime de la communauté d'acquêts par l'article 1394. Ce n'est pas un rattachement de faveur dans le principe, car il fallait bien que le législateur prévoie ce qui se passerait à défaut de choix exprès effectué par devant notaire. Mais avant 1965, le régime légal était celui de la communauté de meubles et d'acquêts : la modification du régime applicable de plein droit traduit une transformation des intentions légales, et une faveur nouvelle.

De la même façon, dans les cas d'une personne décédée sans avoir laissé de testament, le règlement des successions suppose une *présomption d'affection au sein de la famille* qui n'est pas posée comme telle, mais que suggère nettement l'ordre des préférences familiales auquel on ne peut échapper qu'en rédigeant un testament. S'abuserait-on en estimant que les articles 734 et suivants du Code civil dessinent la famille telle que le législateur la souhaite, telle que les Français sont censés se la représenter ? Un même procédé régit l'analyse des libéralités entre parents et enfants, qui est fondée sur ce qui doit se faire de façon légitime au sein de la famille. C'est ainsi que le caractère rapportable est présumé lorsque la donation a lieu entre vifs : il n'est pas présumable qu'elle soit faite hors part, car ce n'est pas vouloir rompre l'égalité entre enfants que d'en aider un à l'époque où il en éprouvait le besoin. À l'inverse, le legs est présumé précipitaire, parce qu'il vise précisément à rompre l'égalité de principe entre enfants, qui résulterait autrement de la loi.

C'est encore ainsi que l'on peut comprendre l'attribution aux vendeurs professionnels d'une *présomption jurisprudentielle de connaissance des vices cachés de la chose vendue*. Dans son célèbre arrêt de 1965, dans l'affaire des pains empoisonnés de Pont-Saint-Esprit, la Cour de cassation a fait une assimilation entre le « vendeur qui connaissait les vices », et « celui qui par sa profession ne pouvait les ignorer »,

²⁹ De plus, l'accouchement sous X, dont on trouve aujourd'hui la possibilité à l'article 326 C. civ., permet à la femme de conserver secrète sa situation d'accouchée, ce qui évitera tout établissement d'un lien de filiation sauf à ce qu'il procède de son initiative.

c'est-à-dire le vendeur professionnel, tenu de réparer les vices cachés par une présomption irréfragable³⁰. Il ne s'agissait nullement de flétrir les vendeurs professionnels, mais d'établir une situation juridique favorable aux consommateurs, dans une configuration nouvelle où les vendeurs auraient pu à juste titre invoquer leur méconnaissance des produits vendus et de leurs défauts.

On pourrait enfin rattacher à cette fonction la *présomption de vie des personnes inscrites à l'état civil*, tant que leur décès n'a pas été transcrit. On sait qu'en droit français, la mort est un fait juridique qui est laissé à l'appréciation de la médecine en cas de doute, et que l'état civil se satisfait ordinairement d'une simple déclaration. Quand une personne disparaît sans que l'on ait de raisons de soupçonner un décès, l'article 112 pose une des présomptions les plus célèbres du droit français : la *présomption d'absence*. « Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence ». Cette présomption est mal nommée, puisqu'il s'agit en réalité d'une *présomption de vie en situation d'absence* – ce dernier fait étant le seul certain, qui ne dit hélas rien de la survie ou du décès de la personne. Cette présomption particulière est dotée d'un régime conservatoire très complet, qui permet de faire fonctionner les règles de droit substantiel comme si la personne devait un jour reparaitre, en réservant la possibilité qu'elle soit alors remise dans ses droits. En raison de l'extrême gravité de cette situation, le jeu de la présomption ne peut être déclaré que par un juge ; mais celui-ci se contente de présumer la survie en admettant l'absence, ce qui laisse le droit substantiel organiser le fonctionnement de ce régime très particulier. Cette étape de la présomption d'absence peut être suivie d'une *déclaration d'absence*, prévue par les articles 122 et suivants et établie par un jugement déclaratif, qui constitue cette fois une véritable *présomption de décès*, due au passage du temps. C'est ce que confirme l'article 128 : « le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus³¹ ».

La conception politique des présomptions peut aussi s'inverser pour jouer un rôle négatif, ainsi dans les *présomptions de conflit d'intérêt des représentants légaux*. Les administrateurs qui ont en charge les biens d'un incapable ne sont pas censés passer des contrats de vente ou de bail avec lui, car ils pourraient être tentés d'abuser de la situation à leur faveur, ou à sa défaveur. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 387-1, « l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles : [...] 6° Acheter les biens du mineur, les prendre à bail ; pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé être en opposition d'intérêts avec le mineur ». On retrouve à l'article 470 la même règle pour le curateur, et à l'article 508 pour le tuteur : la présomption d'opposition d'intérêts permet d'éviter des actes qui seraient aussitôt suspectés, quand bien même la preuve contraire pourrait être apportée si les actes envisagés devaient être faits dans l'intérêt de la seule personne protégée.

³⁰ Civ. 1, 19 janvier 1965, n° 61-10.952, *Bull. I*, n° 52, p. 39, *D.* 1965.389, *RTDciv* 1965.665, obs. G. CORNU.

³¹ Mais il ne s'agit encore que d'une présomption, car « l'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent » (art. 130).

14. On constate encore une *troisième fonction* des présomptions, qui consiste à anticiper une vérité qui est établie sur la base de régularités statistiques. La présomption se contente de déclarer ce qui se fait le plus souvent, comme si cette pratique commune devait commander l'établissement systématique de situations nouvelles. Réalisant pour une fois ce que l'on peut considérer comme une approximation de la vérité, le droit français suit la maxime latine *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, ce qui signifie que la présomption contrefait ce qui s'y produit la plupart du temps³².

On peut en proposer un exemple simple, avec les *présomptions de représentation au sein d'une famille*. Il paraît raisonnable de penser que les époux se représentent l'un l'autre en cas de besoin, qu'il s'agisse d'accomplir un acte de nature patrimoniale³³, ou personnelle – mais la matière étant plus sensible, c'est le juge des tutelles qui habilitera l'époux représentant, ce qui est prévu par les articles 218 et suivants, traduisant une habitude à l'origine de la loi³⁴. Dans le même ordre d'idée, même si l'autorité parentale s'exerce en commun, chacun des époux est censé représenter l'autre à l'égard des tiers quand il effectue un acte qui engage la personne de l'enfant³⁵ ou ses biens³⁶. De la même façon, depuis le droit romain, les parties ont l'habitude de contourner certaines interdictions en recourant à des personnes interposées. Plutôt que d'avoir à prouver la fraude, le droit français préfère poser des *présomptions d'interposition de personne* qui permettent de débusquer le procédé sans avoir à le soumettre à un juge. Certaines personnes sont frappées d'une interdiction de recevoir à titre gratuit ; le droit substantiel la rend effective en « présumant personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ». On peut encore prendre des exemples de présomption tirées de la pratique ordinaire en matière de mandat dans l'indivision :

si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux.

Le Code présume la régularité d'une situation ordinaire, ce qui permet au mandataire d'agir sans avoir à se faire habilitier en justice.

³² C'est ce qu'un auteur nomme le fondement probabiliste des présomptions : Cl. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, op. cit., n° 132 sqq., p. 92.

³³ Art. 222 : « si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte ».

³⁴ En matière de biens propres, on peut citer la présomption qui va au-delà de ces précautions, prévue à l'article 1432 : « quand l'un des époux prend en mains la gestion des biens propres de l'autre, au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration et de jouissance, mais non les actes de disposition ». La même idée se retrouve à l'article 1540, en matière de séparation de biens.

³⁵ Art. 372-2 : « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

³⁶ Art. 382-2 : « lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur ».

Cette régularité statistique débouche par ailleurs sur l'une des situations les mieux installées du droit français, la *possession*, où l'on peut voir le raisonnement présomptif pleinement à l'œuvre. Celle-ci est sans doute définie par l'actuel article 2255 du Code civil, qui ne fait aucune part à l'idée de présomption. Mais on ne peut comprendre cette étrange institution qu'en considérant qu'elle fait présumer la propriété par un *plerumque fit* très ordinaire : dans la plupart des cas, le propriétaire est aussi possesseur, et un certain nombre d'effets juridiques de la possession se justifient d'abord pour le propriétaire – et tant mieux pour le possesseur qui n'aurait pas cette qualité, qui profitera tout de même de profits qui n'auraient pas dû le concerner. La possession reposant sur une présomption, on ne s'étonnera pas de trouver quelques présomptions dans la réglementation qui en est faite, ainsi aux articles 2256 et 2257³⁷. Et ce qui vaut pour la possession de façon générale se trouvera transposé à la possession d'état, qui anticipe l'état d'enfant et plus rarement d'époux, et se fonde sur cette anticipation pour en tirer des conséquences juridiques.

Peut-être l'exemple le plus fameux de présomption fondée sur la régularité statistique se trouve-t-il en matière commerciale, avec la *présomption de solidarité passive des commerçants agissant ensemble*. Posée par la jurisprudence, cette présomption est d'autant plus curieuse qu'elle vient contester une autre règle, négative celle-là, qui interdit de présumer en la matière. En effet, le nouvel article 1310 reprend une règle traditionnelle du droit civil, prévoyant que la solidarité doit être expresse parce qu'elle constitue une situation aux obligations particulièrement lourdes : en conséquence, « elle ne se présume pas ». Mais la règle qui interdit de présumer la solidarité est renversée par la présomption que l'on évoque, qui ne vaut qu'en matière commerciale. Mais pour achever de perdre l'interprète, cette présomption *contra legem* vient d'être combattue sur une partie de son domaine d'application. Dans un arrêt récent, la Cour a renversé cette présomption en limitant son champ d'application : en matière commerciale, « la solidarité active ne se présume pas³⁸ ».

15. Une *dernière fonction* des présomptions relève enfin d'une perspective purement opératoire, qui ne permet pas de soupçonner quelque intention que ce soit au droit positif qui les établit. Les présomptions interviennent parce qu'il faut faire fonctionner le droit substantiel sans intervention d'un juge : dans des situations d'indécision, une règle intervient pour donner une orientation où l'on ne peut voir aucun autre enjeu qu'une banale affaire de logique. C'est ce que l'on constate avec les présomptions destinées à trancher entre des possibilités alternatives, comme dans l'hypothèse où le bon sens transparaît dans le choix d'une règle qui aurait pu être différente.

Le *premier cas* se présente quand il s'agit de poser, par voie de présomption, un choix entre des possibilités alternatives afin d'établir une position substantielle utile. Comme il n'est pas possible que l'individu ne se trouve pas rattaché à l'une des deux branches de l'option, le système juridique présume le choix de l'une

³⁷ Le premier énonce : « on est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre ». Le second s'inscrit dans le prolongement : « quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire ».

³⁸ Com. 26 septembre 2018, n° 16-28.133, F-PB, *JCP G* 2018.1078, obs. B. RECEVEUR, *RDC* 2019.50, obs. R. LIBCHABER.

d'elles – qu'il la souhaite particulièrement ou, plus vraisemblablement, qu'il estime qu'aucune autre modalité serait préférable.

L'illustration la plus topique est celle du régime de communauté, où les biens appartenant apparemment aux époux sont soit communs, soit propres à l'un d'eux. Mais comment le savoir, en cas d'indécision ? Pour en sortir, le droit a posé une *présomption de communauté* pour les biens dont le statut ne serait pas déterminé de façon rigoureuse. On observera au passage que cette présomption est la seule que l'on puisse établir : si l'on avait préféré réputer propre le bien litigieux, il aurait fallu déterminer au surplus auquel des époux il appartenait – ce qui ne pouvait pas être présumé, sauf sexisme, et aurait abouti dans une impasse. La présomption de communauté vient ainsi attribuer un rattachement juridique aux biens qui en sont dépourvus, exactement comme le fait la présomption d'indivision en matière de PACS. Dans ces deux cas, il y a tout de même une manière de redoublement des fonctions à l'œuvre : la présomption posée est sans doute la seule qui soit opératoire ; mais l'on se retient mal de penser qu'il y a là, de façon comme surabondante, un choix politique, c'est-à-dire une préférence pour la situation de couple. S'unir, que ce soit par un mariage ou par un PACS, c'est choisir l'union contre la solitude, ce que la présomption affirme sur le plan des biens tout en laissant aux parties la possibilité d'un choix contraire, qui doit être exprès.

C'est encore à cette idée que l'on peut référer un certain nombre de *présomptions en matière de propriété incertaine* : dans toutes les hypothèses de séparation entre deux fonds, que ce soit par un mur, un fossé ou une haie, il existe une présomption de mitoyenneté qui rattache aux deux fonds ensemble la propriété de la marque de séparation, qui pourrait aussi bien n'appartenir qu'à un seul. Parce que l'on est là dans une matière ambiguë, le Code prévoit d'ailleurs des règles spéciales contraires, qui attribuent préférentiellement la propriété à l'un des fonds toutes les fois que des marques physiques permettent de penser que la mitoyenneté doit être exclue. Ainsi l'article 653 du Code civil : « tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou marque du contraire³⁹ ». La possibilité d'une preuve contraire se trouve évoquée à l'article suivant, par des indices qui nous sont devenus quelque peu obscurs.

De même, en cas d'*accession mobilière* où des choses appartenant à deux propriétaires différents ont été mélangées pour faire émerger un nouveau bien, il importe d'en déterminer le propriétaire. Appliquant la règle romaine *major pars trahit ad se minorem*, le Code attribue la propriété du bien à celui qui possédait la « partie principale ». Mais dans l'opération qui a mené à la fusion, quelle était cette partie principale ? Les articles 567 énoncent une série de présomptions en sous-ordre permettant de la repérer : la matière ornementale est toujours tenue pour secondaire ; en général, la partie principale est la plus importante, en valeur ou en volume ; si la main-d'œuvre est principale en valeur, c'est la propriété de l'artisan qui doit être choisie... On le voit, la règle de droit pose des présomptions qui permettront, en dehors de toute décision judiciaire, de reconnaître le propriétaire.

16. Toujours dans le cadre des présomptions fonctionnelles – celles qui visent à régler un problème de fait sans devoir entrer dans la complexité de la preuve –, on

³⁹ On verra aussi bien l'article 666 pour la clôture ou le fossé, également réputés mitoyens à moins de marque contraire.

peut évoquer un *second cas* avec d'autres règles qui visent à débloquer des situations juridiques à l'aide d'un certain bon sens, évidemment contestable.

Jadis, la *théorie des comourants* proposait en exemple une cascade de présomptions fondées sur la survie possible des individus décédant dans le même accident : à moins de quinze ans, le plus âgé survivait au plus jeune, mais c'était l'inverse pour les plus de soixante ans ; entre ces deux limites, les plus jeunes survivaient au plus âgés, et l'homme à la femme à égalité d'âge⁴⁰. On trouvera des exemples actuels de ces présomptions de bon sens par exemple dans l'article 311 :

la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.

La question des *plantations sur le terrain d'autrui* donne lieu également à une sorte de présomption de bon sens, qui ne vise qu'à régler l'attribution de la propriété de la façon la plus satisfaisante. L'article 553 énonce à cet égard : « toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ».

On peut encore prendre pour exemple de cette présomption de bon sens la *présomption de libération découlant de la remise volontaire du titre du créancier au débiteur*. L'article 1342-9 énonce à cet égard que « la remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original sous signature privée ou de la copie exécutoire du titre de sa créance vaut présomption simple de libération ». Disposition de bon sens : si le créancier s'est dessaisi du titre qui lui permettait de forcer le paiement, n'est-ce pas parce qu'il n'en avait plus besoin, ce qui suggère que le débiteur était libéré – quel que soit le procédé utilisé ? Cette présomption existe depuis 1804, mais avant la réforme de 2016, la jurisprudence tendait à en faire une présomption irréfragable⁴¹, ce qui était discutable non seulement parce qu'il y a là un oxymore, mais parce que la remise du titre peut avoir d'autres justifications.

*
**

17. Au terme de ce trop long article, on aimerait synthétiser les idées principales que l'on voulait illustrer par l'exemple. Quand on regarde les règles de droit de l'extérieur, on a souvent tendance à référer les dispositions concernant la preuve à l'idée de recherche d'une vérité objective – et les juristes eux-mêmes cèdent parfois à la tentation. Et pourtant, sans que la matière juridique ait aucune difficulté avec l'idée de vérité – prise comme exactitude, comme adéquation à une réalité tout extérieure –, il semble que sa vocation première ne soit pas de la rechercher. On oublie trop facilement que les juristes organisent une grille de lecture qu'ils plaquent sur la réalité, qui permet de substituer à l'inertie des faits un réseau très serré de relations normatives, d'installer une polarisation qui crée aussitôt des droits et des obligations, au minimum. C'est à cette organisation spécifique que contribue la technique des présomptions légales, bien davantage qu'elle ne cherche la vérité par principe. Faut-il étendre le constat à toute la matière probatoire ? Ce serait trop

⁴⁰ Anciens articles 720 à 722 du Code civil, abrogés par la loi du 3 décembre 2001.

⁴¹ Civ. 1, 6 janvier 2004, n° 01-11.384, *Bull. I*, n° 6, p. 4.

vite dit sans un examen approfondi. Il reste que l'on se trompe souvent en refusant de prendre en compte l'épaisseur du monde juridique : l'écran qu'il forme oblige à séparer ce qui relève de sa consistance spécifique, et ce qui appartient à la réalité elle-même.

Rémy Libchaber

| Professeur de droit privé à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).

III. Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'évidence

Preuve et évidence en droit
Réflexions à partir de la Loi Martiale et de son utilisation
dans le contexte révolutionnaire français

O n admet généralement que la Révolution française constitue un véritable – et bref – tournant libéral, humaniste et démocratique (ou égalitariste) en matière d'exercice de la justice, dont l'égalité devant la loi, la légalité et la fixité des peines, l'élection des juges, l'institution des jurys populaires et l'introduction du jugement par intime conviction constituent les réformes emblématiques¹. Dès 1790, l'Assemblée Nationale décrète en effet le jury populaire², auquel se voit associé en 1791 un système de preuve morale qui rompt avec le vieux système des preuves légales. Ce dernier système, qui visait d'abord à rationaliser la preuve en liant le juge par un calcul de la preuve complète³, est communément associé dès la seconde moitié du XVIII^e siècle à l'arbitraire et à la chicane, dont les écrits de Voltaire incarnent le discrédit. Face à la rigidité désormais incomprise du calcul de la preuve légale, l'Assemblée oppose une nouvelle conception de la preuve morale, qui lie une approche plus égalitariste de l'exercice de la justice fondée sur

¹ Voir par exemple E. BERGER, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008, p. 13. Pour Emmanuel Berger, ce nouveau modèle dure dix ans. Sur la question des continuités ou discontinuités en matière de justice entre 1789 et le Directoire, voir les discussions très intéressantes qui opposent Bernard Schnapper et Pierre Lascoumes dans X. ROUSSEAU, M.-S. DUPONT-BOUCHAT et C. VÆL (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)*, Paris, L'Harmattan, 1999.

² L'institution du jury populaire est décrétée le 30 avril 1790.

³ Ce sur point, voir J. RICHARD, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse de doctorat en droit sous la direction de D. Thomas et P. Vielfaure, soutenue le 26 juin 2017, Université de Montpellier, p. 12 *sqq.*

l'intime conviction des citoyens, que l'on appelle à « [n'écouter] que leur conscience [...] avec la fermeté qui [convient] à des hommes libres⁴ », et une réflexion sur l'évidence marquée par les sciences modernes⁵.

L'introduction de formes d'exceptions légales, notamment avec l'instauration de tribunaux d'exception, semble néanmoins poser très rapidement les limites de ces réformes d'envergure⁶. En suivant les analyses de Carl Schmitt, qui prend largement appui sur l'étude du droit révolutionnaire pour construire sa pensée de l'état d'exception, on serait même tenté de voir dans le droit d'exception mis en place sous la Révolution le révélateur des limites de la conception rationaliste et libérale de la justice qui se développe au même moment – l'exception produisant l'inversion du rapport entre protection des libertés individuelles et protection de l'ordre, entre vérité (légale) et autorité, en faisant de la preuve morale un modèle voué à être régulièrement restreint, voire écarté. Une étude de la Loi Martiale et des législations contre les attroupements criminels produites entre 1789 et 1790 permet de jeter un regard plus nuancé sur cette « exception légale », dont la signification apparaît plus complexe. Davantage que les limites d'un système de justice libéral et rationaliste, nous verrons que le contexte de création et d'application des législations contre les attroupements invite plutôt à observer, au cœur du nouveau système de justice libéral, la mise en œuvre d'une conception plus diffuse de l'évidence : une « évidence naturelle » constituant un *a priori* partagé peu discutable. Si celle-ci concurrence apparemment le nouveau système d'administration de la preuve, elle contribue en réalité à construire avec lui un nouvel ordre social.

LA LOI MARTIALE OU LES LIMITES DU RATIONALISME DES LUMIÈRES : DE L'AUTORITÉ ET DE LA « VÉRITÉ » EN DROIT

Bien préparée dès la fin de l'Ancien Régime par le discours critique des réformateurs⁷ et par les mécontentements largement exprimés dans les cahiers de doléance à l'encontre du système de justice consacré par l'Ordonnance criminelle de Louis XIV de 1670, la grande « réforme » du système judiciaire s'impose avec la Révolution. Elle marque un tournant à la fois humaniste et libéral (par la douceur et l'individualité des peines, la protection des libertés individuelles qu'elle garantit) et démocratique (notamment en vertu de l'égalité de tous devant la loi, de l'élection des juges et du jury populaire qu'elle instaure). C'est dans ce cadre qu'il convient

⁴ *Archives parlementaires*, t. XII, Séance du 29 mars 1790, p. 437. Selon Julie Richard, l'expression « intime conviction » elle-même apparaît pour la première fois dans le texte du serment que les jurés doivent prêter, fixé dans le décret des 16 et 29 septembre 1791 : « Citoyens, vous jugez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges portées contre untel, de n'écouter ni la haine ni la méchanceté, ni la crainte ni l'affection, de vous décider d'après les charges et moyens de défense et suivant votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre ». Voir J. RICHARD, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, *op. cit.*

⁵ B.J. SHAPIRO, « Law and Science in Seventeenth-Century England », *Stanford Law Review*, vol. 21, n° 4, avril 1969, p. 727-766.

⁶ B. SCHNAPPER, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », in X. ROUSSEAU, M.-S. DUPONT-BOUCHAT et C. VAEL (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)*, *op. cit.*, p. 25 *sqq.*

⁷ Le traité de Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, étant ici fondamental par le rôle qu'il joue.

d'interpréter le renversement du système de preuve légale au profit de la preuve morale. Celle-ci fonde en effet la valeur de l'intime conviction sur l'idée de liberté individuelle, qui rend tout homme capable d'un jugement indépendant et l'associe étroitement à l'instauration du jury populaire. En liant ce nouveau système de preuve morale à l'exigence de motivation de la décision⁸ et en inscrivant plus largement la réforme sous le principe de la domination de la loi⁹, on estime en outre avoir étroitement limité les possibilités d'arbitraire. Ces réformes, qui sont d'abord débattues puis votées entre 1790 et 1791, traduisent certainement un nouvel état d'esprit libéral et égalitariste dominant à l'Assemblée. Elles traduisent également, ainsi que Foucault le souligne en relativisant nettement la lecture « progressiste » et humaniste encore très largement admise de ce grand moment historique, un effort de rationalisation et surtout d'homogénéisation dans l'exercice de la justice, que l'on souhaite moins irrégulière pour mieux punir le nombre considérable des petits illégalismes que l'on tolère de moins en moins¹⁰. Une justice plus humaine et plus libérale donc ; mais une justice plus régulière et plus adaptée au contrôle des illégalismes aussi, à la lumière de quoi il convient d'interpréter la signification de cette nouvelle conception de la preuve, que Foucault interroge moins directement que la forme de vérité produite par le nouveau pouvoir disciplinaire qui se met peu à peu en place.

L'ensemble des législations qui, dès l'été 1789, introduisent progressivement des limites ou des exceptions dans ce nouveau système de justice jette néanmoins un autre éclairage sur ces réformes. Dans les travaux historiques sur la justice, ce sont les tribunaux révolutionnaires et les procès politiques plus tardifs qui incarnent généralement ces limites. Bien avant néanmoins, les législations contre les attroupements criminels, à commencer par la célèbre Loi Martiale de 1789, témoignent de tensions qui, au moment même où le nouveau système de justice commence à être discuté à l'Assemblée, semblent déjà fixer comme préalablement ses limites¹¹. Et c'est sans doute pourquoi, à l'encontre d'une lecture libérale et humaniste classique de la réforme qui tend à voir dans l'année 1793 un tournant illibéral, certains auteurs anti-libéraux voient dans l'exception juridique qui s'inscrit d'emblée au cœur du droit bien autre chose qu'une déviance possible du système répressif moderne libéral, tiraillé entre les exigences de l'ordre public et celles d'une protection des libertés individuelles. C'est le cas en particulier de Carl Schmitt, qui fait de la dictature, dont la Loi Martiale constitue à ses yeux l'une des figures, le signe patent des contradictions du droit rationnel-libéral en train de s'affirmer.

⁸ Le principe est consacré par les lois des 16 et 24 août 1790.

⁹ Soulignons à ce titre que l'Assemblée Constituante conçoit explicitement le rôle du juge comme une fonction relevant de l'application mécanique de la loi, conformément à la théorie de Montesquieu pour lequel les juges ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Paris, GF Flammarion, 1979, Livre XI, chapitre VI, p. 301).

¹⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 91 *sqq.*

¹¹ Voir R. ALLEN, *Les tribunaux criminel sous la Révolution et l'Empire. 1792-1811*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, chapitre X.

*
**

Promulguée en octobre 1789, la Loi Martiale fait suite à un premier décret sur le rétablissement de la tranquillité publique dans un contexte marqué par les troubles de l'été 1789¹². Elle est suivie, dès février 1790, par une nouvelle législation visant à compléter la loi, considérée par bien des députés comme insuffisante pour répondre à « l'esprit général d'insurrection¹³ » qui souffle dans les provinces françaises durant l'hiver 1789-1790, où l'on voit se multiplier les émeutes de subsistances ou les attaques visant les symboles du féodalisme et les impôts qui lui sont associés. Ces législations, que l'on peut, sous certaines réserves, considérer comme des législations d'exception ou de circonstance¹⁴, permettent, schématiquement, de réprimer des attroupements populaires par les armes, tout en s'efforçant d'en encadrer les conditions. En vertu de la Loi Martiale, qui constitue la législation clef de cet arsenal répressif, dans « le cas où la tranquillité publique sera en péril, les officiers municipaux des lieux seront tenus [...] de déclarer que la force militaire doit être déployée à l'instant, pour rétablir l'ordre public, à peine d'en répondre personnellement¹⁵ ». À un premier niveau de lecture, que l'on qualifiera de juridique, la Loi Martiale témoigne certainement de nouvelles tensions¹⁶ entre une législation ouvertement répressive contre des attroupements dont la légitimité est souvent difficile à contester¹⁷ d'une part et, d'autre part un effort visant à produire un encadrement formel de ces pouvoirs en vue d'en limiter l'arbitraire¹⁸. Pour Schmitt néanmoins, la Loi trahit des tensions plus profondes, qui se traduisent en particulier dans son article 3 :

¹² Sur l'été 1789, voir en particulier G. LEFÈVRE, *La Grande peur de 1789*, Paris, Armand Colin, 2014.

¹³ L'expression est de M. Duval d'Éprémesnil, qui oppose à « une seule émeute, un seul attroupement, [...] un esprit général d'insurrection » (*Archives parlementaires*, t. XI, Séance du 20 février 1790, p. 655). Robespierre ne manque pas, dans sa propre intervention lors des mêmes débats, de mettre en doute cet « esprit général d'insurrection ».

¹⁴ Lors des débats portant sur le projet de décret sur le rétablissement de la tranquillité publique, tenus le 10 août 1789, Barnave affirme explicitement que le décret n'est pas « une loi générale, mais un décret provisoire relatif aux circonstances » (*Archives parlementaires*, t. VIII, Séance du 10 août 1789, p. 377). Par la suite, la Loi Martiale, prise dans l'urgence et de façon accélérée, se propose en tant que législation stable contre les attroupements, cédant aux autorités en charge de la répression des attroupements des moyens extraordinaires pour des situations de crise. En février 1790, les débats ne laissent encore guère de doute sur le caractère extraordinaire de la loi discutée, ainsi que le montre par exemple l'intervention du comte de Clermont-Tonnerre qui évoque les « circonstances de l'empire desquelles il est difficile de s'affranchir, dans lesquelles on ne peut agir que provisoirement » (*Archives parlementaires*, t. XI, 22 février 1790, p. 666). La signification de l'exception est donc sensiblement différente dans ces trois cas, visant parfois la procédure, parfois la nature du décret, parfois le contenu des législations – c'est-à-dire des moyens autorisés. Mais le registre de l'exceptionnel est bien présent.

¹⁵ Décret du 21 octobre 1789 sur les attroupements, Art. 1^{er}, *Archives parlementaires*, t. IX, p. 475.

¹⁶ Ainsi, Bernard Schnapper voit dans ce « droit révolutionnaire » les fondements du système répressif moderne, tiraillé entre les exigences de l'ordre public et la protection des libertés individuelles (B. SCHNAPPER, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », art. cité, p. 17).

¹⁷ C'est évidemment le cas des émeutes de subsistance.

¹⁸ Sur cette ambivalence, voir M. PERTUÉ, « La Loi Martiale », in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, Orléans, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p. 462.

Art. 3. Au signal seul du drapeau [rouge, exposé à la principale fenêtre de la Maison-de-ville et dans les rues et carrefours par les autorités publiques], tous attroupements, avec ou sans armes, deviendront criminels, et devront être dissipés par la force.

Par sa formulation lapidaire, que l'on peut considérer d'abord comme un défaut de la loi que les textes ultérieurs d'efforceront de corriger¹⁹, le texte évite de donner un quelconque critère matériel permettant de définir l'attroupement criminel. Mais plutôt qu'un échec de la loi, l'analyse schmittienne de l'exception invite plutôt à y voir une inversion significative : ce n'est pas la loi qui fixe la définition des attroupements qui pourront être réprimés par l'autorité compétente, mais c'est plutôt la décision de l'autorité « à chaud » qui fait que tous les attroupements *deviennent* criminels après le signal du drapeau rouge²⁰. Certes, en toute rigueur juridique, la loi définit bien l'attroupement criminel et elle semble créer les conditions qui pourraient permettre de juger les émeutiers mais aussi les autorités en charge de la répression. Mais, en réalité, avec la Loi Martiale, la « preuve » que l'attroupement est criminel est donnée comme préalablement dans la déclaration même de la Loi Martiale et le refus de dispersion, lequel est d'ailleurs délicat à évaluer en cas de répression violente. La loi court-circuite donc en amont toute qualification juridique réelle des faits (de l'attroupement criminel), puisque n'importe quel attroupement peut devenir criminel après la levée du drapeau rouge. Par voie de conséquence, la loi court-circuite également toutes les procédures judiciaires qui auraient permis de juger et de prouver *a posteriori* le caractère abusif de la répression et le bon droit de l'attroupement – ou son caractère non-criminel. Et effectivement, avec la Loi Martiale, il est d'abord admis que « la force des armes sera à l'instant (c'est-à-dire en cas d'actes de violence ou après la troisième sommation non suivie d'effets) déployée contre les séditeux *sans que personne soit responsable des événements qui pourraient en résulter* » (Article 7). Mais en outre, Schmitt note que « parallèlement à cela, on rencontre déjà des tribunaux spéciaux auxquels, par voie de transfert commissarial, on confie la tâche de rendre la sentence en cas de sédition et autres délits de ce type²¹ ». Autrement dit, l'inversion du rapport entre la qualification juridique et l'action exécutive neutralise toute la logique judiciaire de la responsabilité des exécutants comme des émeutiers. Il semble alors presque logique, un peu plus tard, que l'Assemblée ait décidé de soustraire tous les procès touchant des « insurgés » au jugement des jurys populaires, peu à peu accusés d'un excès d'indulgence dans certaines affaires²² – le système de la preuve morale et du jugement fondé sur le libre arbitre risquant bien de mener au rétablissement d'une qualification matérielle de l'attroupement criminel lors des procès eux-mêmes.

¹⁹ *Ibid.*, p. 462-466.

²⁰ C. SCHMITT, *La Dictature*, Paris, Seuil, 2000, p. 181-182.

²¹ *Ibid.*

²² La Convention retire ainsi par la loi du 10 mars 1793 les affaires d'émigration de la compétence des jurys et la loi du 10 mars 1793 établit un tribunal criminel extraordinaire devant lequel sont jugés « toutes les entreprises contre-révolutionnaires, [...] tous les attentats contre la liberté, l'égalité, l'unité, l'indivisibilité de la République, la sûreté intérieure et extérieure de l'État » (Décret du 10-12 mars 1793 relatif à la formation d'un tribunal criminel extraordinaire, et qui règle sa composition et ses attributions, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 190-191). Voir R. ALLEN, *Les tribunaux criminel sous la Révolution et l'Empire. 1792-1811*, op. cit., p. 191-193.

Encore une fois, il est clair pour le juriste allemand que de tels procès ne dérogent pas seulement au nouveau système de justice que l'Assemblée impose progressivement ; ils traduisent plus profondément un renversement sommaire du rapport entre la loi, la preuve et la décision politique, et, plus généralement, ils modifient le rapport de la loi à la « vérité ». La Loi Martiale organise en effet les conditions d'un semblant de qualification légale des faits, où la « qualification et la constatation des faits qui précèdent l'exécution n'ont qu'un caractère purement factuel²³ », de sorte que « l'action [militaire devient] à la fois sentence et exécution²⁴ ». En d'autres termes, avec la Loi Martiale, la répression précède la preuve ou, pour mieux dire, elle *produit* la « vérité » du fait en le qualifiant à même l'acte répressif.

Par sa radicalité, le cas exceptionnel peut alors être plus intéressant que la situation normale pour Schmitt²⁵, parce qu'il atteint le cœur du nouvel ordre rationaliste et libéral propre aux Lumières. Pour le juriste en effet, le « rationalisme de l'*Aufklärung* [a] condamné l'exception sous toutes ses formes²⁶ », ce qui constitue le trait caractéristique de la pensée de l'ordre propre aux Lumières. Et ce rationalisme immanent, qui constitue une négation directe de toute transcendence et de toute irrégularité, s'est traduit aussi bien dans la pensée scientifique que dans le droit. Cette pensée générale de l'ordre affecte directement le statut de la « vérité » en droit, pour Schmitt. En schématisant, on pourrait dire que, par son contenu ou par sa forme, la loi se voit soumise à un principe de rationalité qui détermine la nature de la « vérité légale²⁷ », laquelle vise de façon centrale à exclure tout arbitraire et à assurer la régularité même de l'ordre légal. Or, en situation d'exception, cette pensée rationaliste de l'ordre se fissure : en situation ordinaire, la décision politique est soumise à la norme ; en situation extraordinaire, elle s'affirme dans la suspension de la norme légitimée par l'objectif de rétablir l'ordre concret qui permet de sauver l'ordre normatif dans sa globalité. En situation ordinaire, la loi se mesure à l'aune d'un principe de rationalité juridique ; en situation extraordinaire, non seulement l'autorité n'est pas soumise à la « vérité » du droit, mais elle *fait* la vérité, non pas dans la forme de la loi, mais dans celle de la décision arbitraire, purement effective :

La force juridique de la décision est autre chose que le résultat des arguments qui la fondent. On n'évalue pas à l'aide d'une norme, au contraire : c'est seulement

²³ C. SCHMITT, *La Dictature*, op. cit., p. 175.

²⁴ Ce raisonnement permet ensuite au juriste de justifier l'intervention de la force armée même en l'absence de requête des pouvoirs municipaux. En réalité, la Loi Martiale comme l'ensemble des lois contre les attroupements ne peuvent guère être compris sans tenir compte de l'objectif de la majorité à l'Assemblée visant, au contraire, à maintenir un ferme contrôle du pouvoir civil sur l'autorité militaire et, en amont, à imposer le pouvoir des municipalités face à l'exécutif royal, qui tend à faire d'une telle « prérogative » l'essence même du pouvoir royal. Sur ce point, voir les débats autour de la loi du 22 février 1790, *Archives parlementaires*, t. XI.

²⁵ Pour Schmitt, c'est en particulier la définition de la souveraineté qui se rattache au cas limite (voir C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 16).

²⁶ *Ibid.*, p. 46.

²⁷ Cette soumission du droit à un principe de rationalité se réalise aussi bien dans la vérité artificielle que produit la qualification du droit positif, dont les procédures formelles garantissent la fonction de « vérité juridique », que dans la défense d'un droit naturel. C'est probablement pourquoi Schmitt est relativement indifférent ici à l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme, qui traverse pourtant clairement la pensée libérale du droit.

à partir d'un point de référence qu'on définit ce qu'est une norme et ce qu'est la justesse normative²⁸.

Par l'exception, Schmitt entend donc renverser le rationalisme des Lumières, qui aura voulu soumettre l'autorité et son arbitraire intrinsèque à la Raison universelle, en fixant le rapport de la loi et de la vérité : en situation d'exception, la décision se soustrait à la norme et l'autorité à toute vérité supérieure ; en situation d'exception, la preuve juridique s'extraît de la logique rationnelle de la loi, pour lui substituer la vérité brutale de la décision. Schmitt résume ce renversement dans la réappropriation ambiguë de la proposition de Hobbes : « *Auctoritas non veritas facit legem*. (C'est l'autorité, non la vérité, qui fait la loi)²⁹ ».

Une telle analyse possède pour toute réflexion portant sur la signification de la réforme de la justice et de la preuve morale qui l'accompagne un indéniable intérêt, que l'on pourra situer à deux niveaux. En premier lieu, cette analyse suppose d'interroger la preuve judiciaire en tenant compte des outils juridiques qui court-circuitent *en amont* les mécanismes ordinaires de production de la preuve – ce que la création de tribunaux d'exception ne fait finalement que confirmer ensuite en aval pour Schmitt. À un second niveau, parce que l'exception atteint le rationalisme libéral des Lumières par son talon d'Achille en permettant d'en identifier les principaux traits – sa rationalité et sa régularité immanente –, la réflexion de Schmitt invite plus largement à penser la manière dont la « vérité » en droit engage une pensée générale de l'ordre socio-politique. Néanmoins, en vertu de son prisme antilibéral et de son approche autoritaire du droit, Schmitt finit par réduire ce rationalisme immanent à un positionnement militant contre toute forme de transcendance et d'arbitraire – à une « contre-théologie politique ». Or, si l'on repart simplement de la Loi Martiale même et des législations contre les attroupements, celles-ci témoignent de bien autre chose que d'une inscription dans le droit d'un principe de disjonction dans sa régularité et sa rationalité.

ÉMEUTES POPULAIRES ET DOMINATION DE LA LOI

L'historiographie n'a généralement retenu comme moment symbolique de l'application de la Loi Martiale que la fusillade du Champ-de-Mars³⁰, le 17 juillet 1791. Sur un plan historique, elle vient signaler un tournant dans le cours de la Révolution. Sur un plan juridique, la fusillade permet le plus souvent de mettre en exergue une législation répressive dont l'application aura été de part en part politique contre le peuple parisien, engagé désormais dans un conflit avec la monarchie. Il convient néanmoins de noter que la Loi Martiale a surtout été créée et massivement

²⁸ C. SCHMITT, *Théologie Politique*, op. cit., p. 42. C'est pourquoi l'irrationalisme décisionniste renverse aussi le relativisme positiviste.

²⁹ Voir Th. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000, chap. XXVI : « Dans une cité constituée, l'interprétation des lois de nature ne dépend pas des docteurs, des écrivains qui ont traité de philosophie morale, mais de l'autorité de la cité. En effet, les doctrines peuvent être vraies : mais c'est l'autorité, non la vérité, qui fait la loi. »

³⁰ M. PERTUÉ, « La Loi Martiale », art. cité, p. 464.

appliquée contre les révoltes agraires et les émeutes de subsistance³¹. L'origine précise de la Loi se trouve même dans un événement apparemment anecdotique qui permet pourtant de saisir d'une manière beaucoup plus fine à la fois l'intention de la Loi et ses présupposés. En effet, la Loi s'est vue promulguée par l'Assemblée Constituante et signée par le roi le jour même de l'assassinat par la foule parisienne d'un boulanger, dénommée François, que l'on accuse alors d'être un accapareur – c'est-à-dire, en l'occurrence, de ne pas vendre au petit peuple le pain dont il dispose réellement en vue de le vendre plus cher à d'autres³². L'événement n'est en fait pas si anecdotique qu'il y paraît : la figure de l'accapareur est centrale pendant la Révolution, et elle engage une série de problèmes politico-économiques précis. D'abord, parce que les situations de disettes engendrent des troubles politiques que divers acteurs peuvent avoir intérêt à « provoquer » ou à « manipuler », et l'accapareur constitue alors l'une des figures possibles – comme acteur ou comme victime – du complot³³. Ensuite, et beaucoup plus largement, l'accapareur – comme le spéculateur – incarne une nouvelle « figure économique » : celle du commerçant qui profite de l'instauration d'un marché de subsistances, que l'Assemblée Nationale impose le 29 août 1789 par le vote de la liberté illimitée du commerce du grain. Dans ce cadre, les révoltes agraires et les émeutes de subsistance ne sauraient être interprétées simplement comme l'expression apolitique de la faim³⁴ : elles traduisent presque toujours l'exigence d'un contrôle politique sur la production et le prix du grain. Selon l'historien E.P. Thompson, qui s'intéresse à des émeutes similaires dans le contexte anglais, ces mouvements

se situaient dans le cadre d'une unanimité populaire qui reconnaissait pour légitimes ou au contraire illégitimes les pratiques du marché, de la meunerie, de la boulangerie, etc. ; unanimité qui s'appuyait elle-même sur une vision traditionnelle et cohérente des normes sociales, des obligations et des fonctions économiques propres des différentes composantes de la communauté, lesquelles, prises ensemble peuvent être interprétées comme constituant l'économie morale du pauvre³⁵.

Autrement dit, bien loin de se réduire à des formes de violences apolitiques spasmodiques³⁶, les émeutes sont l'expression, dans la conscience populaire, d'une sorte

³¹ Sur ce point, voir A. ADO, *Paysans en révolution. Terre, pouvoir et jacquerie, 1789-1794*, Paris, Société des études Robespierriennes, 1996, p. 171 et F. GAUTHIER, *Triomphe de la révolution des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Éditions Syllepse, 2014, p. 76.

³² Pour une description de l'événement, voir H. RIHO, « L'assassinat du boulanger Denis François le 21 octobre 1789 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 333, 2003, p. 1-19.

³³ Ainsi, dans ce cas précis, Robespierre comme Marat accuseront Necker et La Fayette d'avoir provoqué la disette qui a causé l'assassinat du boulanger en vue d'imposer la Loi Martiale. Voir J.-P. MARAT, *L'Appel à la Nation*, 15 février 1790, p. 64-65.

³⁴ Sur le caractère politique de ces violences, voir en particulier C. TILLY, « La violence collective dans une perspective européenne », trad. A. Perdoncin, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 19, 2010, p. 28 [<http://traces.revues.org/4919>].

³⁵ E.P. THOMPSON, « L'économie morale de la foule dans l'Angleterre du XVIII^e siècle », in F. GAUTHIER et G.R. IKNI (dir.), *La guerre du blé au XVIII^e siècle. La critique populaire contre le libéralisme économique au XVIII^e siècle*, Paris, Éditions de la Passion, 1988, p. 34.

³⁶ À l'instar de G. Rudé qui avait mis en garde contre le mot « foule », E.P. Thompson met ainsi en garde contre le terme d'« émeute », qui cache une « vision spasmodique de l'histoire populaire » (*ibid.*, p. 31).

de « code populaire » distinct de la légalité³⁷, et qui se revendique en Angleterre d'un modèle économique paternaliste ancré dans la tradition³⁸. L'analyse de Thompson s'applique également à la France du XVIII^e : dans un contexte de développement d'un marché des céréales, que la politique centralisée de l'État absolutiste avait déjà tenté d'imposer peu de temps avant, et d'effacement du vieux modèle nourricier paternaliste, les émeutes frumentaires traduisent aussi l'exigence d'un contrôle politique sur la production et le prix du pain³⁹. Et ce contexte soumet la Loi Martiale à un tout autre éclairage.

Comme l'ensemble des législations contre les attroupements criminels, la Loi Martiale a été en effet appliquée massivement contre les émeutes agraires, et c'est au rythme de ces dernières qu'elle s'est vue modifiée par la suite⁴⁰. Or, au regard de ce qui précède, il est clair que la Loi ne vise pas seulement à réprimer des désordres ou des actes plus ou moins illégaux. Les émeutes frumentaires sont des formes d'actions populaires directes complexes et disciplinées, dont la forme généralement réglée s'achève le plus souvent par la vente forcée des denrées à un prix traditionnel ou considéré tel⁴¹. Autrement dit, par leur prétention à réaliser un « acte de justice » direct, ces émeutes contestent ou fragilisent de fait la conception de la justice que l'Assemblée entreprend progressivement de discuter et d'imposer. De ce point de vue, la Loi Martiale ne constitue pas seulement une réponse dans l'urgence à des désordres plus ou moins grands : elle vise surtout à neutraliser au plus vite une forme concurrente de justice et une forme concurrente de légitimité, qui posent un évident problème à l'Assemblée en pleine « révolution du droit », et pour cause : à bien des égards, y compris pour les autorités ou les troupes locales⁴², les émeutes paraissent souvent mieux réaliser la justice par une voie directe que ne le fait l'Assemblée par ses lois.

³⁷ E.P. THOMPSON, *La formation de la classe ouvrière anglaise*, Paris, Point Seuil, 2012, p. 77.

³⁸ *Ibid.*, p. 44.

³⁹ Voir L.A. TILLY, « La révolte frumentaire, forme de conflit politique en France », *Annales. Économies, sociétés, civilisation*, 27^e année, n° 3, 1972, p. 731-757. Ces émeutes ne sont néanmoins pas nouvelles, à l'instar même de l'effort visant à imposer un libre marché de circulation des grains. Voir en particulier G. RUDÉ, « La taxation populaire de mai 1775 en Picardie, en Normandie et dans le Beauvais », *Annales historiques de la Révolution française*, 33^e année, n° 165, juillet-septembre 1961, p. 305-326.

⁴⁰ L'historienne Florence Gauthier associe directement le vote de la Loi Martiale et celui de la Loi sur la liberté de commerce, votées l'une après l'autre en 1789, reconduites ensemble le 8 décembre 1792 et abolies ensemble durant l'été 1793, jusqu'à leur rétablissement à partir de l'an III. Pour les mêmes raisons, l'historienne lie la Loi Martiale et la Loi Le Chapelier des 14 juin et 20 juillet 1791, qui interdit le droit de réunion et la rédaction de pétitions collectives aux salariés. Là où la Loi Martiale veut interdire les « attroupements » qui s'opposent très concrètement au libre-marché du blé, du pain, etc., la Loi Le Chapelier veut interdire toute forme de résurgence des corporations et des formes de réglementation liées à un modèle économique estimé contraire aux libertés. Voir FL. GAUTHIER, *Triomphe de la révolution des droits de l'homme et du citoyen*, *op.cit.*, p. 75.

⁴¹ E.P. THOMPSON, *La formation de la classe ouvrière anglaise*, *op. cit.*, p. 84. Voir également G. RUDÉ, « La Taxation populaire de mai 1775 à Paris et dans la région parisienne », *op. cit.*

⁴² C'est bien cette inquiétude de voir des autorités et des troupes « pactiser » avec les émeutiers que traduit l'ensemble des lois contre les attroupements. Voir sur ce point par exemple les débats autour de la rédaction de la loi de février 1790 pour le rétablissement de la tranquillité publique, *Archives parlementaires*, t. XI, 22 février 1790, p. 653 *sqq.*

Dans ce cadre, les législations contre les attroupements possèdent une évidente fonction politico-discursive : elles permettent de qualifier les émeutes en leur attribuant une signification non politique, c'est-à-dire qu'elles « construisent » le concept juridique d'attroupement criminel en neutralisant la signification politique des événements et les prétentions ouvertes de ces émeutes à réaliser des actes de justice. Cette « dépolitisation » – ou cette criminalisation – par la voie du discours juridique peut bien sûr être comprise comme le propre de toute qualification par le droit – ce qui renforce d'autant l'exigence d'en interpréter les significations historiques. Dans ce contexte néanmoins, cette criminalisation ou cette « dépolitisation » des attroupements possède un objectif tout à fait explicite dans les débats parlementaires : il s'agit de rappeler – en réalité d'imposer – la domination inconditionnelle de la loi comme principe fondateur du nouvel ordre juridique. Ainsi, le considérant qui précède la Loi Martiale commence-t-il par proclamer que

la liberté affermit les empires, mais que la licence les détruit ; que, loin d'être le droit de tout faire, la liberté n'existe que par l'obéissance aux lois et que si, dans les temps calmes cette obéissance est suffisamment assurée par l'autorité publique ordinaire, il peut survenir des époques difficiles, où les peuples, agités par des causes souvent criminelles, deviennent l'instrument d'intrigues qu'ils ignorent [...] ⁴³.

Certes, l'Assemblée se fait fort de manifester à chaque fois sa compréhension à l'égard des causes des attroupements souvent peu contestables ; mais c'est toujours pour affirmer en même temps le devoir d'obéissance à la loi en tant que préalable à toute réclamation *légitime*. Lors des débats portant sur la loi de février 1790, qui entend répondre aux émeutes de l'hiver contre des impôts que les paysans avaient crus abolis avec la nuit du 4 août, certains députés admettent ainsi la nécessité de réexaminer ces impôts. Mais ce réexamen même demeure toujours soumis au rappel du caractère obligatoire de la loi et de l'impôt ⁴⁴. Et peu de députés soulignent alors le rôle que de telles émeutes jouent pourtant très manifestement dans le fait même que l'Assemblée puisse décider d'un tel réexamen des impôts contestés ⁴⁵.

On pourrait donc comprendre la Loi Martiale comme une loi générale visant à garantir en toutes circonstances la domination de la loi et le devoir d'obéissance à la loi en tant que *préalables* à toute réclamation et contestation possibles, dont les formes tolérées ne reviennent qu'à la loi. C'est ce devoir d'obéissance, ou pour mieux dire, de soumission préalable à la domination de la loi, qui explique les éléments caractéristiques des lois de circonstance : l'absence de définition matérielle de l'attroupement criminel, qui permet la décision arbitraire des autorités, la responsabilité qui pèse sur ces autorités et sur les officiers en cas de non répression, la violence déjà justifiée de la troupe et les procès ultérieurs rendus plus ou moins joués d'avance et, finalement, la neutralisation complète du système de preuve morale qui s'installe au même moment. Tous ces éléments fixent en effet le rapport des autorités, des troupes, des populations à la loi : c'est parce que la reconnaissance de la domination de la loi est exigée de façon inconditionnelle et en quelque

⁴³ Décret du 21 octobre 1789 sur les attroupements.

⁴⁴ Voir par exemple l'intervention de M. Dèmeunier (*Archives parlementaires*, Séance du mardi 23 février 1790, p. 677).

⁴⁵ Robespierre en appelle ainsi en février 1790 à ne pas proclamer « une nouvelle loi martiale contre un peuple qui défend ses droits, qui recouvre sa liberté. Devons-nous déshonorer le patriotisme en l'appelant esprit de sédition et turbulent, et honorer l'esclavage par le nom d'amour de l'ordre et de la paix ? » (*Archives parlementaires*, Séance du mardi 23 février 1790, p. 666).

sorte *préalable* qu'elle inscrit dans le droit les conditions *en amont* de l'application ordinaire – et donc aussi extraordinaires – du droit. Les lois contre les attroupelements traduisent en somme la manière dont le droit en train de s'imposer prétend se « réaliser » – ou prétend être obéi – c'est-à-dire la manière dont il se rapporte au monde social. C'est pourquoi, pour comprendre l'économie de la preuve, il convient de tenir compte de ce que l'on serait tenté d'appeler « les bordures » du droit, c'est-à-dire l'ensemble des éléments juridiques qui expriment le rapport (historique) du droit au monde social et ne peuvent être compris sans lui, en ce qu'il affecte la signification et la structure du droit.

LA LOI MARTIALE, LA NÉCESSITÉ ET L'ÉVIDENCE

Si la Loi Martiale soutient ainsi l'affirmation du principe de domination de la loi, elle en éclaire pour cette raison aussi la signification. Bien loin de pouvoir se résumer à n'être qu'un outil de combat contre l'arbitraire, le principe de domination de la loi semble effectivement bien d'abord devoir être pris au mot : il impose une soumission universelle et en quelque sorte préalable au droit⁴⁶. On peut le lier, de ce point de vue, à cette exigence de régularité et de mesure du pouvoir répressif identifiée par Foucault comme le principal trait du nouveau système punitif, et qui marque un tournant eu égard à la masse des illégalismes encore tolérés sous l'Ancien Régime⁴⁷. De façon apparemment paradoxale, la « domination de la loi » et la réalisation d'un ordre légal rationnel et régulier s'imposent ici avec des « lois d'exception » ou des législations de circonstances⁴⁸. Mais le paradoxe n'en est un, en réalité, que tant que l'on s'en tient précisément à une « lecture schmittienne » de ces législations, lecture qui ignore complètement la manière dont la loi a pu être produite. Les débats parlementaires traduisent pourtant une tout autre manière de penser le rapport du droit et de sa réalisation au monde social, quand la lecture décisionniste de Schmitt tend à ne considérer que le caractère irrationnel, irrégulier, arbitraire de « l'état d'exception » rendu possible par la Loi Martiale, et qui contredit directement l'ordre libéral-rationnel que l'Assemblée Constituante incarne. Contre cette lecture partielle, il convient de souligner que, dans les débats parlementaires, le discours de l'exception ou le caractère circonstanciel des lois permet surtout à la majorité des députés d'invoquer le principe d'une *évidence partagée*, une évidence des faits, qui fonde la nécessité objective et justifie l'emploi de mesures extraordinaires. Autrement dit, Schmitt tire ces législations dites d'except-

⁴⁶ Pour le dire avec les mots de Walter Benjamin commentant le droit européen au début des années 1920 : « Il faudrait peut-être prendre en considération la surprenante possibilité que l'intérêt du droit à monopoliser la violence, en l'interdisant à l'individu [et *a fortiori* à des regroupements], ne s'explique point par l'intention de protéger les fins légales, mais bien plutôt par celle de protéger le droit lui-même » (W. BENJAMIN, « Critique de la violence » (1921), in *Œuvres*, t. I, Paris, Gallimard, 2000, p. 215).

⁴⁷ Pour Foucault, la « non-application de la règle » constitue même un trait spécifique de l'Ancien Régime, et « l'illégalisme était alors si profondément ancré et [...] si nécessaire à la vie de chaque couche sociale, qu'il avait en quelque sorte sa cohérence et son économie propre » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 98).

⁴⁸ Voir *supra*, la note 14.

tion du côté du décisionnisme contre le rationalisme libéral, là où les débats parlementaires revendiquent un principe d'évidence commun qui soumet toute l'exception à l'évidence la plus naturelle et disons même ordinaire.

En effet, l'ensemble des débats portant sur les lois contre les attroupements criminels témoigne d'abord de l'idée implicite mais omniprésente que certaines situations, certains faits⁴⁹, imposent d'eux-mêmes une réaction immédiate des autorités publiques en vertu de l'évidence de certains crimes, et du caractère naturel des droits et des principes qu'ils atteignent. Ainsi, lorsqu'en février 1790 les émeutes contre des symboles du féodalisme et contre la perception des impôts se multiplient avec une force de contagion extraordinaire, l'Assemblée projette de voter une nouvelle loi contre les attroupements en discutant des insuffisances de la Loi Martiale. Dans ce contexte, certains députés radicalisent l'idée d'une évidence des faits, qui constitue selon eux le véritable fondement de ces pouvoirs. Le député Dupont de Nemours s'irrite par exemple des « trop grandes idées » déployées autour de la loi. Selon lui, la répression des attroupements ne relève que

d'un devoir très naturel et très impérieux de tout homme et à plus forte raison de tout homme brave et armé, qui voit commettre un délit et assassiner ou piller son semblable. Il oblige sa conscience, devant Dieu, devant les hommes et sans attendre l'ordre d'aucune autorité, de courir au secours⁵⁰.

La répression des attroupements criminels est alors comparée à un cas de flagrant délit, dans lequel l'acte de violence commis est si manifeste qu'il autorise quiconque à prêter assistance aux personnes attaquées et, *a fortiori*, autorise une intervention des troupes sans le recours d'aucune autorité publique. Ce raisonnement, qui associe le cas de nécessité et le cas de flagrant délit, permet non seulement de construire la catégorie d'attroupement criminel en tant que « pur » fait de violence, c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons vu précédemment, en tant que fait de violence séparé de son motif politique⁵¹, mais, ce faisant, il entérine surtout avec l'évidence de « la simplicité naturelle » le caractère inviolable des propriétés existantes et des droits qui leur sont associés⁵², ainsi que celui de la liberté de commerce, qui sont plus ou moins directement visés par les attroupements.

L'argument et son ambivalence se retrouvent dans un certain nombre de discours. Chez les partisans du roi, le raisonnement prend ouvertement appui sur le vieux discours de la nécessité, qui continue à asseoir la défense de la prérogative

⁴⁹ Voir les considérants du décret du 10 août 1789 (*Archives parlementaires*, t. VIII, Séance du 10 août 1789, p. 378).

⁵⁰ *Archives parlementaires*, t. XI, Séance du 22 février 1790, p. 667.

⁵¹ Dupont de Nemours affirme ainsi que « les troupes volontaires ou réglées doivent réprimer toute violence, par cela seul qu'elle est violence et sans s'inquiéter aucunement de son motif » (*Archives parlementaires*, t. XI, Séance du 22 février 1790, p. 668).

⁵² Le point est si clair que Dupont de Nemours propose même d'ajouter au droit naturel de réagir en cas de violence manifeste, moyen « qui vient du ciel », un autre moyen garanti cette fois par les lois : « c'est la garantie et les indemnités à fournir par les villes, paroisses et communautés où se seront commis des dommages, à ceux qui les auront essuyés ; cette garantie est juste ; car, ou la plus grande partie des habitants de la communauté ont pris part au désordre, et doivent en conséquence le réparer ou cette majorité a négligé de contenir la minorité, et alors elle devient responsable de sa faiblesse » (*ibid.*, p. 669).

royale⁵³. Mais les débats qui accompagnent toutes ces législations trahissent désormais, et souvent bien au-delà des oppositions par ailleurs bien réelles, une nouvelle préoccupation centrale suffisamment partagée par les députés pour n'être pas discutée : celle de devoir répondre aux causes des attroupements tout en garantissant la protection des propriétés et la libre circulation des grains⁵⁴, qui constituent la cible politique, explicite ou non, des émeutes populaires. Et on peut considérer les discours de l'évidence et de la nécessité comme une réponse subtile à cette préoccupation⁵⁵ : l'évidence est effectivement à la fois celle du crime – que vise le terme de flagrant-délit – et celles des droits ou des libertés atteintes – la propriété et la libre circulation des grains. Elle permet d'opposer à l'action populaire, qui conteste directement ou indirectement ces « libertés », le caractère naturel, évident, de la propriété et de la liberté de commerce. En somme, si les pouvoirs de circonstances qui sont créés par l'Assemblée permettent bien d'imposer la domination de la loi, c'est en neutralisant l'idée que les attroupements populaires seraient en droit de contester la propriété et la libre-circulation des grains en eux-mêmes, et en opposant à la légitimité populaire qui s'exprime dans les attroupements une autre légitimité fondée sur l'évidence naturelle.

Le lien établi par Florence Gauthier entre la Loi Martiale et l'imposition d'une nouvelle politique économique structurée autour de la création d'un marché des subsistances suppose alors bien de saisir la Loi Martiale comme le bras armé d'une nouvelle politique économique contestée par des mobilisations populaires⁵⁶. Mais ce « bras armé » s'accomplit dans une stratégie légale plus subtile qu'un exercice brutal de la violence hors du droit – un état d'exception anémique. La Loi martiale est bien plutôt au cœur d'une articulation spécifique entre un nouveau régime civil (qui assigne un certain statut juridique à la propriété) et un nouveau droit pénal (qui criminalise les atteintes à la propriété, à l'impôt, à la circulation des marchandises) *en prenant appui sur un registre discursif de l'évidence et de la nécessité*, que le discours juridique produit et dont il se nourrit à la fois. Un tel registre discursif peut être compris comme une stratégie de qualification, au sens où la plupart des sciences sociales l'entendent, c'est-à-dire comme une opération de construction de l'ordre social, à la fois symbolique et réel. Et il est clair que le droit constitue l'un

⁵³ Les débats autour de la loi de février 1790 donnent effectivement lieu à une véritable charge des partisans du roi pour tenter de lui assurer le contrôle de pouvoirs extraordinaires quasi-dictatoriaux. Voir par exemple l'intervention de M. le comte de Mirabeau, *Archives parlementaires*, t. XI, Séance du 22 février 1790, p. 670.

⁵⁴ Il s'agit donc en particulier d'assurer la subsistance du pays et d'accélérer le règlement des questions touchant aux droits féodaux. Ainsi, le 21 octobre 1789, l'Assemblée décrète dans la foulée l'obligation de produire une loi sur les attroupements sur-le-champ, la création d'un comité des recherches pour découvrir les auteurs des troubles et l'établissement d'un tribunal chargé de juger les crimes de lèse-nation et la responsabilité pour les ministres du Roi de déclarer les moyens nécessaires avec l'appui de l'Assemblée pour assurer les subsistances du royaume (*Archives parlementaires*, Séance du 21 octobre 1789, p. 472).

⁵⁵ Notons ici que si la Loi Martiale n'aura guère cessé de susciter des débats dans la presse dès sa promulgation, et si elle occupe une place symbolique forte dans l'historiographie de la Révolution, en revanche, le fait même de devoir créer une loi contre les attroupements en tant que telle est assez peu discuté – à l'exception de quelques députés, en particulier de Robespierre, qui, en octobre 1789 comme en février 1790, interroge la nécessité de la loi et ce qu'elle vient masquer politiquement. Voir par exemple la Séance du 21 octobre 1789, *Archives parlementaires*, t. IX, p. 474.

⁵⁶ Voir *supra*, notes 36 et 41.

des grands opérateurs de cette construction. Mais cette opération de qualification n'opère pas ici sous la forme habituellement reconnue comme étant propre au droit, celle du syllogisme – quelles que soient d'ailleurs les marges d'interprétation que l'on accordera à l'opération. Dans les législations contre les attroupements, si la qualification légale de l'attroupement demeure aussi vague, ce n'est pas seulement parce qu'elle vise à céder à l'autorité exécutive un large pouvoir arbitraire qui déplace l'organe de qualification *réelle* de l'attroupement criminel ; c'est, peut-être plus profondément, parce qu'elle invoque des évidences préalables qui assoient la reconnaissance du fait en tant que fait criminel : l'évidence de la propriété et de la liberté de circulation des grains comme libertés naturelles. En d'autres termes, la Loi Martiale ne se contente pas d'imposer la domination de la loi, en soumettant la preuve de l'attroupement criminel à la décision arbitraire de l'autorité ; elle traduit en même temps une stratégie de qualification du fait évidemment et immédiatement criminel, substituant en quelque sorte à la preuve légale non pas la décision brutale de l'autorité mais l'évidence du fait. Une telle modalité de la qualification juridique a bien été étudiée par certains des travaux de l'anthropologie pragmatique du droit. Ainsi, dans ses recherches sur la qualification par le droit, Baudoin Dupret identifie dans tout processus de qualification juridique le recours à des « préconnaissances » tenues pour évidentes et qui traduisent une « perception de la normalité des événements⁵⁷ ». Une telle approche permet de relativiser l'idée que les législations d'exception suspendent l'application du droit ou substituent à l'administration légale de la preuve la décision arbitraire de l'autorité. L'administration – ou la non-administration – de la preuve est dans notre cas clairement adossée à un discours de l'évidence, qui ne saurait être séparé des opérations du droit. Mais, dans ce discours, c'est l'évidence elle-même que se trouve thématisée et articulée avec l'idée de nécessité.

Le discours de l'évidente nécessité puise bien sûr d'abord, on l'a vu, dans une longue tradition juridico-politique, dont la Raison d'État absolutiste constitue certainement un moment déterminant pour comprendre la pensée de la nécessité sous la Révolution⁵⁸. Néanmoins, il convient d'observer une très nette inflexion de ce discours, qui reçoit peu à peu une signification nouvelle sous l'influence des sciences modernes et de la philosophie empirique⁵⁹. Non sans lien avec celles-ci, ce discours subit également l'influence de la nouvelle science économique qui s'impose au cœur des débats publics à partir du milieu du XVIII^e siècle. Les travaux de Catherine Larrère ont bien montré en effet que la pensée de l'évidence qui tend à s'imposer à la fin du XVIII^e siècle ne constitue pas seulement une nouvelle catégorie de la pensée scientifique : elle témoigne également de l'extension du raisonnement économique à la politique, à la morale, au droit ou, peut-être plus justement, d'un *continuum* de ces catégories d'interprétation et de compréhension des phénomènes

⁵⁷ B. DUPRET, « L'intention en acte. Approche pragmatique de la qualification pénale dans un contexte égyptien », *Droit et société*, n° 48, février 2001, p. 439-465.

⁵⁸ Sur cette continuité, voir D. RICHEL, « Comité de salut public », in F. FURET et M. OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 1992, p. 153 *sqq.*

⁵⁹ J.-L. HALPERIN, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, n° 84, 2009, p. 25.

sociaux⁶⁰. Les lois contre les attroupements témoignent peu à peu de l'investissement du vieux discours de la nécessité par celui de l'évidence, pour autant que ce dernier traduit déjà l'articulation d'un certain discours économico-scientifique et du discours juridique⁶¹.

Mais il faut aller plus loin encore, car ce que l'étude des législations contre les attroupements permet de souligner, c'est que cette nouvelle perception de la normalité n'est pas seulement *utilisée* dans les opérations de qualification du droit, mais qu'elle est *produite* par ces opérations. Certes, le recours à l'évidence permet dans une certaine mesure à l'Assemblée de court-circuiter à la fois le débat public et certaines procédures juridiques qu'elle est elle-même en train de poser – à commencer par les formes de l'administration de la preuve. Mais il est remarquable que la qualification des faits en tant qu'évidence est dans ce cas tout autant administrée par la loi. C'est précisément en fixant les limites mêmes de la qualification légale, en distinguant implicitement l'évidence et la qualification légale artificielle, que les législations contre les attroupements tentent d'imposer l'« évidence » en tant que perception de la réalité, en fixant son contenu. C'est pourquoi le discours du droit autour de l'évidence ne saurait être tenu pour un pur discours idéologique ou comparé à une sorte de « roman idéologique⁶² » qui masque la réalité de la nouvelle économie punitive – conclusion à laquelle une lecture étroite des acquis de Foucault issus de *Surveiller et Punir* risque toujours de conduire, en renonçant finalement à toute étude du droit même. À l'opposé d'une telle lecture, l'étude de la Loi Martiale tend plutôt à montrer que le droit constitue un ensemble d'« actes discursifs producteurs de fait sociaux⁶³ » ou d'un ordre social qui naît, notamment, de stratégies complexes de qualification différenciées des faits.

CONCLUSION : PREUVE ET ÉVIDENCE EN DROIT

Partir de l'« exception légale » que constituent la Loi Martiale et les lois contre les attroupements afin d'aborder la signification de la grande réforme de la justice portée par la « Révolution libérale », ainsi que de la conception de la preuve qui l'accompagne, invite ainsi à tirer plusieurs conclusions. Ces conclusions vont au-

⁶⁰ Je reprends l'expression à Catherine Larrère, qui, dans son important travail autour des physiocrates, a montré, à l'encontre de l'idée communément reçue d'après laquelle l'invention de la science économique s'est construite sur la revendication d'une séparation et d'une spécialisation de l'économie, que les physiocrates ont au contraire pensé leur science comme une « science globale de la société » et une « manière de faire de la politique » (C. LARRÈRE, *L'Invention de l'économie au XVIII^e siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992).

⁶¹ Ces analyses sont confirmées par les travaux de Catherine Larrère, pour laquelle la célèbre théorie des physiocrates sur le despotisme légal « ou du règne de l'évidence » signifie bien d'abord l'affirmation de la rationalité immanente du social, en faisant donc de la science économique la clef d'un nouveau mode de gouvernement et d'une nouvelle forme de législation. Voir C. LARRÈRE, *L'Invention de l'économie au XVIII^e siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, op. cit., p. 8-14.

⁶² Cette observation s'inscrit ici dans le prolongement de celle Mikhaïl Xifaras, qui analyse les limites du positionnement anti-juridique de l'analyse foucaldienne des illégalités et qui défend au contraire sa potentielle complémentarité avec une approche matérialiste du droit (M. XIFARAS, « Illégalismes et droit de la société marchande, de Foucault à Marx », *Multitudes*, n° 59, février 2015, p. 144 sqq.).

⁶³ *Ibid.*

delà de l'idée classique d'après laquelle le système de justice libéral aurait d'emblée intégré des limites qui éclateront en contradictions dès 1793. Examinée dans son contexte de production et d'application, la Loi Martiale exprime effectivement d'abord la volonté qui s'affirme à l'Assemblée dès l'été 1789 d'imposer le principe de domination de la loi. Et c'est parce qu'elle traduit ce principe que la Loi Martiale soumet *en amont* le système de justice et l'administration de la preuve qui l'accompagne au principe préalable et inconditionnel de l'obéissance à la loi. Dans le contexte révolutionnaire, un tel principe de domination de la loi n'a rien d'évident. Ainsi que l'exprime très clairement le journal *Les révolutions de Paris* par le biais de la publication d'une lettre non signée adressée au rédacteur, la Loi Martiale « nous prive de l'insurrection populaire, ressource funeste et désastreuse, mais la seule qui nous ait sauvés jusqu'alors⁶⁴ ». Et si l'on tient compte des applications de la Loi Martiale ou des lois contre les attroupements entre 1789 et 1791, ces législations reçoivent alors une portée symbolique considérable que les contemporains ne manquent pas d'observer⁶⁵ : elles exposent au grand jour, bien malgré elles, des conflits peu explicites autour de la pratique de la justice. C'est particulièrement le cas pour les émeutes de subsistances, qui opposent à la conception de la justice qu'incarne l'Assemblée une autre conception et une autre pratique de la justice : une pratique « populaire » et directe, qui se réalise notamment dans les pratiques de taxation du grain. Or, c'est ici, sans doute, que la portée d'une législation de circonstance ou de nécessité prend toute sa signification : la Loi Martiale s'inscrit plus ou moins explicitement dans une tradition du droit de nécessité ; mais elle en reformule le sens, en faisant de certains faits économiques – le droit de propriété « bourgeois », la libre circulation des biens de subsistance – le nouveau contenu de la nécessité juridico-politique, et en faisant de l'évidence qui accompagne la « naturalisation » de ces faits un principe de légitimité susceptible de contrer la légitimité démocratique de l'émeute populaire. Le discours de l'évidence sur lequel repose la Loi Martiale et son fonctionnement même n'apparaît pas alors seulement comme la « limite » de la preuve légale – là où la preuve cesse parce qu'une autre forme d'évidence ou de vérité se discute en bordure ou en amont de la qualification juridique ; et ce discours de l'évidence et de la nécessité tenu par le droit ne se résume pas non plus à un simple discours idéologique, qui rendrait l'étude du droit relativement inutile. La Loi Martiale traduit bien plutôt une nouvelle articulation des catégories du droit et de celle de l'économie, une nouvelle pensée globale de l'ordre social. Dans ce cadre, l'étude des législations contre les attroupements ne permet pas seulement de saisir les limites d'un nouveau système pénal et d'un nouveau mode d'administration de la preuve. Bien plus profondément, elle permet de voir comment l'articulation entre l'administration de la preuve légale et un certain discours de l'évidence et de la nécessité ont contribué à construire un nouvel ordre social par le biais de stratégies de qualification juridique complexes.

Marie Goupy

Marie Goupy est Maître de Conférences à l'Institut Catholique de Paris. Elle est l'auteur de *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, Éditions du CNRS, 2016.

⁶⁴ *Les Révolutions de Paris*, 24 octobre 1789, n° 16, « Détail du 24 au 31 octobre. Loi Martiale », p. 4.

⁶⁵ Voir par exemple, *Les Révolutions de Paris*, 24 octobre 1789, n° 16, « Détail du 24 au 31 octobre. Loi Martiale ».

The Right to Freedom of Assembly under the Test of Criminal Evidence An Italian Case of Political Justice

CRIMINAL EVIDENCE

The issue of evidence is not a new one. On the contrary, we might affirm that “theorizing about evidence has a rich and complex history that stretches back at least as far as classical rhetoric”.¹

In more recent times, evidence has become less and less an argumentative exercise, as it was in ancient Greece, to the point of being exclusively framed as a logical issue. The Anglo-American tradition especially dealt extensively with the topic and developed a rationalism by reflecting upon the concept of evidence in a way that we might describe as optimistic. In particular, the post-Enlightenment culture remarkably explored crucial points of different conceptions of truth and rationality in the process of fact-finding.

The reference is to two of the major scholars of this great tradition: Bentham² and Wigmore.³ These scholars never expressed a “whisper of doubt about the possibility of knowledge” but rather showed “confident assertion, pragmatic question-begging or straightforward ignoring” as primary responses to the controversial issues concerning any possible comprehensive theory of evidence.⁴ A more sceptical approach might reveal some moot points in respect to the optimistic rationalism typical of the eighteenth-century judicial procedure’s scholarship.

A theory of evidence is, first of all, a theory of probability which arises from an inductive process of knowledge. This process has always been exposed to the disadvantages of real occurrences.

A properly conducted evidential argument [...] constitutes an inductive extension of the range of our information. Evidential reasoning, then, can go beyond the assertive content of its premises. This, however, is clearly a matter of degree,

¹ W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, London, Butler & Tunner, 1985, p. viii.

² Bentham’s most famous book on evidence is *Rational of Judicial Evidence* (1827).

³ Wigmore wrote a weighty volume on the topic: *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (1904-1908) and the classic treatise *The Principles of Judicial Evidence* (1913, 1931).

⁴ W. TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Evanston, Northwestern University Press, 1994 [1990], p. 75.

depending upon how far the conclusion departs from its evidential basis.⁵

Moreover, this issue is not specific to legal theory since an appropriate conception of evidence is also necessary for scientific understanding. The hard part of the process of finding pieces of evidence consists precisely in the fact-finding: we may embrace the exhortation “[F]ind the fact and the law is usually easy”.⁶

Nevertheless, as any prosecutor would recognize, fact-finding is not a natural or mechanical matter, especially considering that, based on those findings, committed actions and proved facts will be transformed into penal violations. In other words, care and legality in collecting pieces of evidence are crucial for the process of translating actions into crimes. The turning of actions into imputations, that is, the fact into law, is not at all as simple as it might seem following the stimulus of Langbein⁷. However, it must be acknowledged, as underlined by this scholar, that initially the most challenging task is to reconstruct the fact.

Perhaps it is not a coincidence that the meaning of “trial” in English is both “legal process” and “experiment” (or better, experimental attempts but also clinical testing), as in the expression “by trial and error”, that is, experimentally. “By trial and error” is one of the principal methods of problem-solving characterized by repeated attempts to achieve an aim or solve a controversy. This method is grounded on the idea that learning from mistakes is a way to improve knowledge. In the case of legal proceedings, reasoning is based on proving a theory and then proving the opposite theory, testing and testing again, or testing and evaluating, in a dialectical way of reasoning that employs the tools of rhetoric – a classical rhetorical skill that is endorsed by modern science.⁸

Judicial evidence follows the same path: trial and error. We expect to be supported – as always in the juridical discipline – by a technical framework, which, even if shared with other fields of knowledge, assumes a specific meaning in the legal field. However, in the case of evidence, we must change our minds. There have been very authoritative attempts to construct a concept of legal evidence that can solve the problems that a vast and non-technical notion generates.⁹ Yet, the construction of a boundary between the concept of evidence as a reality and the concept of evidence as a technical term remains profoundly complex. As in the case of Evidence law, “the law remains silent on some crucial matters. In resolving the

⁵ R. NICHOLAS & J. CAREY, « Evidence in History and in the Law », *The Journal of Philosophy*, vol. 56, n° 13, 1959, p. 562 [<https://www.jstor.org/stable/2022710>].

⁶ J.H. LANGBEIN, « Historical Foundations of Law of Evidence: A View from the Ryder Sources », *Columbia Law Review*, vol. 96, p. 1168-1202 [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/551/].

⁷ *Ibid.*

⁸ See S.C. SAGNOTTI, « Prova, diritto, verità », in A. BARGI, A. GAITO and S.C. SAGNOTTI, *Teoria e prassi della prova: profili processual-filosofici*, Torino, UTET, 2009.

⁹ See J.H. WIGMORE *Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, Boston, Little, Brown and Co., 1937; T. ANDERSON, D. SCHUM and W. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

factual disputes before the court, the jury or, at a bench trial, the judge has to rely on extra-legal principles”.¹⁰

Nevertheless, our task is to try to elucidate the concept of evidence in the juridical context, which, in any case, has distinctive features.¹¹ Although evidence remains too closely tied to fact, rather than tamed by the technique of law, there is a specificity of evidence in the legal field that differs (and must differ) from other disciplines because it is a guarantee for the individual.

The concept of probability itself must be used carefully. There are precise rules provided by our legal codes. “It is doubtful that evidence of a person’s character and past behaviour can have no probabilistic bearing on his behaviour on a particular occasion; on a probabilistic conception of relevance, it is difficult to see why the evidence is not relevant”.¹² From the point of view of other fields of knowledge, the notion of evidence assumes precise meanings; from the legal point of view, some of those meanings that apply to other disciplines cannot be considered valid. Essentially, according to the Western tradition of criminal law, only acts and not the ideological positions of the subjects may be punished. Our law, as it is based on the committed facts, does not conceive a piece of evidence that would be based on the characteristics of the subject.

In particular, the central area of interest that this paper deals with is evidence in the field of criminal procedure as “[C]riminal Evidence remains the most important area of controversy. Here the disagreements are primarily political”.¹³

This article will put the right to freedom of peaceful assembly in relation to criminal evidence. After a review of the forms in which this fundamental right is recognised, this paper will provide a series of empirical cases to show how lack of evidence can lead to the denial of personal liability and thus concretely limit the right to freedom of assembly.

The focus will be on four criminal trials against several inhabitants of the Susa Valley (Piedmont, Northern Italy) and activists of the Italian social movement called “No Tav”, namely the mobilization that has been struggling against the project of the Turin-Lyon high-speed train for 30 years, and which I have observed during a two-year judicial ethnography.¹⁴

In particular, through that analysis, the aim is to shed light on the procedural nonchalance through which the due element of evidence is circumvented. The data held by the magistrates is that of the participation of a multiplicity of subjects (of law) to public demonstrations where criminal actions have occurred; the transformation of this fact (participating in a protest) into law (committing a crime) cannot be immediate. On the one hand, it is necessary to turn these actions into specific

¹⁰ H.L. HO, « The Legal Concept of Evidence », in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Palo Alto, Stanford University Press, 2015 [<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/evidence-legal/>].

¹¹ R. NICHOLAS & J. CAREY, « Evidence in History and in the Law », *op. cit.*

¹² H.L. HO, « The Legal Concept of Evidence », *op. cit.*

¹³ W. TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, *op. cit.*, p. 209.

¹⁴ X. CHIARAMONTE, *Governare il conflitto: la criminalizzazione del movimento No Tav*, Milano, Meltemi, 2019.

crimes; on the other hand, there is an even more delicate process: to find out who committed the crimes.¹⁵

The article will thus show that what is not proved is the participation of people to the crime, but only their involvement in the protest, and it is precisely starting from this illegitimate deficiency that the right to freedom of assembly is emptied.

FREEDOM OF ASSEMBLY AND ITS REGULATORY LIMITATION

As recently recognized,

*La liberté de manifester connaît aujourd'hui une très forte actualité, et ce dans le monde entier. Pourtant, elle doit subir de très fortes limitations aussi bien dans les pays en transition démocratique que dans les pays occidentaux. Depuis Hong-kong, jusqu'aux pays d'Afrique du Nord (Printemps arabes), à la Turquie, à l'Ukraine, aux États-Unis et au Royaume-Uni avec Occupy, au Canada, à l'Espagne avec les Indignés, et à la France, partout cette liberté connaît des revers. L'état d'urgence, l'ordre public immatériel, la privatisation de l'espace public, la volonté de faire payer les manifestations pour les dégâts qu'elles génèrent, et les nouvelles méthodes policières constituent autant de menaces.*¹⁶

Italian Constitution guarantees the right to freedom of assembly under article 17. The assemblies must respect specific criteria: they must be peaceful and without arms. Peaceful assembly means that the collective gathering shall not disturb public order. Advance notice is not required for assembly in a place open to the public,¹⁷ whereas for those in a public place, notice must be given, at least three days in advance, to the authorities, who may prohibit them only for proven reasons of safety or public safety.

In other words, the Constituent Assembly aimed at making the freedom of assembly a constitutionally guaranteed right, through a provision that, on the one hand, protects public order and, on the other hand, protects this freedom as an inviolable human right, that is expressly provided for by art. 2 of the Italian Constitution. The ECHR provides for the right to “freedom of peaceful assembly and association” (art. 11).¹⁸ The same principle was subsequently provided by art. 12,

¹⁵ See P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. 1, *Struttura e procedimento*, Torino, Giappichelli, 2017, for a treatise on the evidence in criminal law.

¹⁶ A. DUFFY-MEUNIER & Th. PERROUD, « La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé : Introduction », *La Revue des Droits de l'Homme*, vol. 11, 2017 [<https://journals.openedition.org/revdh/2956>]. See in particular the chapter by Karine Roudier: K. ROUDIER, « La liberté de manifestation aujourd'hui en Italie. Quels problèmes, quelles perspectives ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, vol. 11, 2017, p. 57-68 [<https://journals.openedition.org/revdh/2956>].

¹⁷ It is the case of privately owned places, where people can enter under certain conditions set by the owner or manager.

¹⁸ Article 11: Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. – No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. this article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

paragraph 1, of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to which

[e]veryone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his or her interests.

Given that this is one of the rights that mostly acts as a litmus test of respect for democratic freedoms, the United Nations has long established a special rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association.¹⁹

Therefore, this right is protected at the highest legal level: constitutional and supranational. Moreover, it has been one of the cornerstones upon which European legal systems have been based since the French Revolution.

The constitutional recognition is based on the idea that citizens shall always be allowed to exert pressure on political power. The genealogy of the right to freedom of assembly can be traced to an amendment of the French Constitution (1791) and to the American Constitution (1789). While in the American Constitution, the right was limited to the petition, the French constitutional “Dispositions fondamentales garanties par la Constitution” enshrines the freedom of peaceful assembly: “*La liberté aux citoyens de s’assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police*”.

On the contrary, some doubts emerge if we consider that there is no real definition of the concept of assembly in the Italian Constitution. In fact, “the Italian Constitution expressly affords the right of assembly to the citizens but does not define it, thus leaving to the interpreter the arduous task of constructing an adequate notion”.²⁰

At any rate, it is agreed that the right in question not only covers the right to freedom of expression – a right provided for by article 21 of the Italian Constitution – but also the right of being physically together.²¹ As opposed to simply gathering (e.g. a line in front of public establishments, that is an occasional gathering), an assembly exists when people intended to be together. The voluntary physical co-presence of several people enables one to distinguish assemblies from unexpected forms of union.

Whatever the purpose is – the Constitution makes no mention of this –, the right of assembly is an individual freedom that can only be exercised collectively.

¹⁹ In October 2010, the Human Rights Council adopted resolution 15/21 [https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/15/21] establishing the mandate of the Special Rapporteur. The Council extended the mandate in September 2013 (resolution 24/5 [https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/24/5]) and June 2016 (resolution 32/32 [https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/32/32]).

²⁰ F. CIANNAMEA, « Libertà di riunione e possibili limitazioni. Con uno sguardo al Decreto Minniti e alla direttiva del Ministero dell’Interno sulle manifestazioni urbane », *Giurisprudenza Penale Web*, n° 10, 2017, p. 2 [<http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/10/07/liberta-riunione-possibili-limitazioni-uno-sguardo-al-decreto-minniti-alla-direttiva-del-ministero-dellinterno-sulle-manifestazioni-urbane/>]. My translation of: “*la Carta costituzionale italiana riconosce espressamente il diritto di riunione ai cittadini, ma non ne dà una precisa definizione, lasciando quindi all’interprete l’arduo compito di costruire una nozione adeguata*”.

²¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, CEDAM, 1992, p. 299.

Thus, although the political purpose is not expressed and does not even constitute the only possible finality, the right of assembly is widely recognized as a precondition of democratic life and political activity itself.²²

In a democratic and pluralistic context, the freedom to be physically together should be an essential element of a dialectic open to the broadest and most diverse possibilities of participation. It thus defeats the old principle of defence from the dissent that was granted by the old Albertine statute.²³

As stated in the art. 17, paragraph 3, of the Italian Constitution, if the assemblies are held in a public place, notice must be given to the authorities, which can prohibit them only for proven reasons of safety or public safety.

The governing body that presides over the conditions of the concrete exercise of the right of peaceful assembly is the Prefect. In the Italian administrative system, the Prefect is a monocratic organ of the State, representative of the territorial government, who is in charge of an office dependent on the Ministry of the Interior. In particular, the Prefect exercises the power of ordinance through which (s)he takes decisions about space and time of protests.

The power of ordinance is the instrument through which the Prefect can compensate for any deficiencies in the legal system faced with absolutely unforeseeable needs of public interest. A prerequisite for the exercise of this power is urgency and serious public necessity: exceptional situations that require prompt protection of the public interest.

The application of this rule, formulated before the Constitution entered into force, must today be read in a constitutionally-oriented way. Therefore, it is necessary to bear in mind the direction taken by the Constitutional Court in sentence n.8, 1956. The latter expressly states that the ordinances must have: limited effectiveness in time, adequate motivation, efficacious publication (when the ordinance does not have individual character) and conformity to the principles of the legal system.

Only apparently the Prefect has exclusively administrative powers since the power of ordinance might be exercised in a general and abstract way, as it should be the case of the law rather than a government official's power. Thus, an ordinance can limit the exercise of the fundamental right of assembly. The aforementioned Constitutional Court's decision highlights the potentially dangerous side of the power of ordinance. Moreover, a few years later the Constitutional Court clarified that the art. 2 TULPS (*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*)²⁴ was illegitimate since "it attributes to the Prefects the power to issue ordinances without respecting

²² See *ibid.* and A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milan, Giuffrè, 1967.

²³ A. SCHILLACI, « Libertà di riunione », in *Treccani encyclopedia*, 2017 [http://www.treccani.it/enciclopedia/liberta-di-riunione_%28Diritto-on-line%29/].

²⁴ Issued in 1931 (the same year as the Italian penal code came into force) during the fascist regime, TULPS is the central nucleus of Italian police law and contains the rules aimed at preventing disturbances and guaranteeing public order and security. Through the Constitutional Court and legislative activity in the Republican era, various articles of the TULPS have been modified or cancelled.

the principles of the legal order” (n.26, 1961). However, these constitutionally-oriented judicial decisions were not able to limit the overwhelming power of which the Prefect can take advantage. In particular, as Algostino points out:

The discretion of the Prefect remains wide, especially where there is no precise legal reserve for any rights restrictions. Even if the ordinances cannot modify any norm but merely provide for a specific and temporally limited situation, the dismay remains for a way of ruling that endows a monocratic organ, hierarchically incardinated in the Executive, with such extensive powers towards of citizens. To this it must be added that, although the situations are specific and given, “security” and “public order” are open if not *passepertout* concepts, that are flexible according to the dynamics of society but above all conformable to the logic of power.²⁵

A recent case that raised the question of the Prefect’s power concerns the protest against megaprojects. In particular, it is necessary to look at the ordinances that have forbidden the demonstrations in Susa Valley, Piedmont. That is the area on which the Turin-Lyon high-speed train should arise. Against the activists of the No Tav movement – that is the protest against the project – several ordinances were issued.

Demonstrations against the megaproject are generally held in the area where the train construction site is located. However, a series of ordinances have forbidden people from protesting in the area near the construction yard. As clarified above, ordinances must have limited effectiveness over time in order to be constitutionally admissible. The right to freedom of peaceful assembly cannot be restricted otherwise. Conversely, the exception by ordinances continues over time through the issue of renewed ordinances that replace one another containing the same prohibition.

Here, “the limitation, abstractly envisaged about a geographical area, affects, in the specific historical circumstance, a specific category of physical persons united by political reasons”.²⁶ Despite the art. 16, paragraph 2, of the Italian Constitution, according to which political reasons can determine no restriction, here it is evident that the objective is precisely to contain the political expression of this movement and its right to oppose public decisions. As a consequence, through the abuse of the prefectural power, the right to freedom of peaceful assembly is denied.

Admittedly, Turin Prefect’s ordinances themselves mention the dangers associated with demonstrations by the No TAVs (or the potential dangers to which the

²⁵ A. ALGOSTINO, « Vietato avvicinarsi al cantiere. La libertà di circolazione in Val di Susa secondo il prefetto e il TAR », in A. CHIUSANO e. a., *Conflitto, ordine pubblico, giurisdizione: il caso TAV*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 38-39. My translation of: “*La discrezionalità del Prefetto rimane comunque ampia, specie laddove non vi è una precisa riserva alla legge delle eventuali restrizioni dei diritti. Se pur le ordinanze non possono modificare alcuna norma, ma si limitano a provvedere in una situazione specifica e temporalmente limitata, resta lo sconcerto per un modo di provvedere che dota un organo monocratico, gerarchicamente incardinato nel potere esecutivo di poteri così estesi nei confronti dei cittadini. A ciò è da aggiungersi che, se pur le situazioni sono specifiche e determinate, ‘sicurezza’ e ‘ordine pubblico’ sono concetti aperti, se non proprio passepartout, flessibili rispetto alle dinamiche della società ma soprattutto conformabili alle logiche di potere*”.

²⁶ *Ibid.*, p. 42. My translation of: “*la limitazione, astrattamente prevista in relazione ad una area geografica, interessa, nella circostanza storica specifica, una determinata categoria di persone fisiche accomunate da ragioni politiche*”.

workers of the area can be exposed) up to indicate the protest itself as a danger, rather than as a right:

it is sufficient the fact that “protests are expected, with predictable presence of participants” (ordinance of November 30, 2011); furthermore, in certain occasions the announced performance of marches leads to the adoption of more restrictive *ad hoc* ordinances, aimed at removing the protest from the construction site (e.g., with the ordinance of October 20, 2011 the access is also forbidden “to all the paths and to the grassland and forest areas of the Municipalities of Giaglione and Chiomonte, which lead to the construction site”).²⁷

What idea of security does this abuse of ordinances convey?

It could be described as a *terrible* security since it is a form of security meant to protect power and not to guarantee the exercise of a constitutional right such as the right to freedom of assembly.

Here, the law is used as a tactic – as Foucault traced amongst other governmental aspects: the use of tactics rather than laws, or the use of laws as tactics is increasing.²⁸ A perfectly legal and last-minute tactic, always specific and efficient, is precisely that of the prefectural ordinances. We must not look after speeches or beyond words since the words themselves testify a *prêt-à-porter*, conception of the law. As mentioned by the judge for preliminary investigations (GIP) about the prefectural order:

Precisely in order to cope with this situation on June 22nd, the Prefect had issued an ordinance [...] relating to the “availability of police forces near the construction site of La Maddalena, Chiomonte,” that forbade the circulation in the streets surrounding the area of La Maddalena. Also, it was forbidden for anyone to enter and remain in the square in front of the Archaeological Museum and the one surrounding the winery (GIP ordinance, Turin 1/20/2012).²⁹

FREEDOM OF ASSEMBLY AND CRIMINAL EVIDENCE

The case of the Susa Valley and the No Tav movement qualifies as a real criminalization laboratory. After seeing how the entire area has been substantially tied to a security or public order regime, let us analyse how it has become a criminal issue. This analysis will serve to come back to the main issue: the relationship between the criminal evidence and protection of the fundamental right to assembly.

²⁷ *Ibid.*, p. 42-43. My translation of: “è sufficiente il fatto che siano in previsione ‘manifestazioni di protesta, con prevedibile nutrita presenza di partecipanti’ (ordinanza del 30 novembre 2011); in talune occasioni, inoltre, il preannunciato svolgimento di cortei porta all’adozione di ordinanze ad hoc, più restrittive, tese ad allontanare la protesta dal cantiere (con l’ordinanza del 20 ottobre 2011, ad esempio, è vietato l’accesso anche ‘a tutti i sentieri e alle aree prative e silvestri dei Comuni di Giaglione e Chiomonte, che comunque conducano all’area di cantiere’)”.

²⁸ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Galimard/Seuil, 2004; Italian trans.: *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 80.

²⁹ My italics; My translation of: “Proprio per fare fronte a tale situazione il 22 giugno il Prefetto aveva emesso un’ordinanza ai sensi dell’art. 2 TULPS relativa alla ‘assegnazione disponibilità forze di polizia aree in prossimità del sito di cantiere in località La Maddalena di Chiomonte’, con la quale veniva interdetta la circolazione nelle vie circostanti l’area della Maddalena e vietato a chiunque l’ingresso e lo stazionamento nel piazzale antistante il Museo archeologico e nell’area circostante l’azienda vitivinicola”.

The ongoing series of criminal proceedings against the No Tav movement today consists of 51 criminal trials and over 1,500 people involved (suspects and defendants included). However, it is not only a quantitative matter; the quality of these trials presents dubious shortcuts, likely undertaken to avoid the evidential difficulties.

(a) We may start from the ordinance of the Turin GIP that precedes the so-called No Tav Maxi Trial, criminal proceedings against 53 activists of this social movement. It related to the dates of 27 June and 3 July 2011, in which there were clashes between the police and protesters in various areas close to what will become the Tav construction yard.

Chronologically the police record comes first (7 November 2011), then there is the Public Prosecutor's examination, the (potential) request for the application of precautionary measures and finally the screening of a second magistrate with judicial functions, that is the judge for preliminary investigations.

Reading these acts means being in front of documents that copy those that preceded them without any screening, which the criminal procedure would require. The Public Prosecutor follows the police records, essentially transferring them to a different document that arrives in the hands of the GIP, which generally confirms it.

For the subjects, there is a description that counts more adjectives than facts. The GIP defines them as "the troublemakers" or "the violent," whose actions generate "an explosion of unusual violence".

There are no specific data that allow a criminal relevance in the singular, depending on individual conduct, as the principle of personal liability would require (Article 27 of the Constitution). Even more seriously, we note that even the magistrate with judicial functions (GIP) follows with no check theories promoted by those who have only investigative functions (the Public Prosecutor), just as the latter had drafted the act according to the police record.

However, the most problematic issue is that this consensus reached not only the first procedural acts but continues until an advanced stage of the trial, that is after the dispute. In this way, it ends up by rendering vain the dispute and leaving the construction of the fact exclusively to the police. However, as highlighted above, in criminal trial the most challenging task is to reconstruct the fact.

In support of this observation, it is worthwhile to show an "authentic" evidence. In the so-called No Tav Maxi-trial, there is a typing error that betrays the police record's copy and paste made by the Public Prosecutor. The time in which the defendant M.N. would have thrown the stone is 2.30 pm, which corresponds to the one shown in the picture taken by the operator. The time is the one indicated in the police annotation, but it is wrong, and during the dispute it had emerged.

Through the videos, it is clear that the alleged crimes against M.N. do not take place at that time. Furthermore, two witnesses confirm the error of the operator's camera and, in any case, the forensic police operator himself declared that his camera was settled an hour back due to an error.

Returning to the ordinance of the GIP: here it is first proposed that interpretation that will cover the entire trial. The main argument is that participation in a demonstration implies committing offences. This theory will also be adopted by the court of first and second instance in their decision.

Taking for granted that participation in a protest implies delinquency is not an indicator of a constitutionally-oriented interpretation since protesting makes the right to freedom of assembly effective.

On the contrary – following the judge’s argument – given that the participation as such demonstrates already the necessary elements of the complicity in crime (*concorso*), it is not necessary to prove the causal link between the psychological or material assistance of the accomplice and the offence.

In fact, in the ordinance of the GIP it is stated that:

the participation to similar, imposing and violent clashes necessarily implies and shows the existence, upstream, of a prior acceptance of developments and outcomes detrimental to the physical integrity of others, as a consequence of the event itself, that is not only highly probable but indeed almost inevitable.³⁰

For this reason, the judge of the preliminary investigations can go as far as to argue that it is entirely

superfluous to identify the specific object that reached and injured each police officer, as well as the demonstrator who launched it. All the participants in the clashes must account for all (planned or even only foreseeable) crimes committed in that situation in the place where (s)he was.³¹

The same approach is confirmed by the judicial decision of the first instance, where the judge explicitly agrees with

the principle according to which, in order to have liability, evidence of the direct causal derivation of the injury by a defendant’s specific violent action, individually determined, is not at all necessary. It is sufficient that the accused has provided with his conduct a concrete assistance to the aggressive collective action and/or reinforced the criminal other’s purpose.³²

Ultimately, they will punish the defendant who was in the place where the police officer suffered the injury on a time coinciding with or later than the hours declared by the public official himself. Also, this decision is based on the argument offered by the judge, according to which

all the defendants, when they put stones, fire extinguishers or sticks in hand to hurl them at the police, they expressed – both materially and psychologically – their direct tension towards illegal results [...] [and] the fact that those injured agents were not able to identify the perpetrators [...] is irrelevant: all the defendants who carried out [...] launchings must answer for the overall damaging result

³⁰ My translation of: “*la partecipazione a simili, imponenti e violenti scontri implica necessariamente, e dimostra l’esistenza, a monte, di una preventiva accettazione di sviluppi ed esiti lesivi dell’altrui integrità fisica, quale conseguenza non solo altamente probabile, ma, addirittura, pressoché inevitabile, della manifestazione stessa*”.

³¹ My translation of: “*superflua l’individuazione dell’oggetto specifico che ha raggiunto ogni singolo appartenente alle forze dell’ordine rimasto ferito, come lo è l’individuazione del manifestante che l’ha lanciato, atteso che tutti i partecipanti agli scontri devono rispondere di tutti i reati (preventivati o anche solo prevedibili) commessi in quel frangente, nel luogo ove si trovava*”.

³² My translation of: “*il principio secondo cui, per aversi responsabilità, non è affatto necessaria la prova della diretta derivazione causale della lesione da una specifica azione violenta di un imputato, individualmente determinato, in quanto è sufficiente che l’imputato, con la sua condotta, abbia fornito un concreto apporto all’azione aggressiva collettiva e/o abbia rafforzato l’altrui proposito criminoso*”.

[...] as well as, *mutatis mutandis*, all the members of a “fire group” must answer for the lethal event caused.³³

In other words, while the consensus among legal practitioners seems broad, the narrow path of proving the causal link is abandoned. In the name of the so-called theory of the posthumous prognosis, the judge considers any conduct that *ex ante* may facilitate the realization of an offence as an actual complicity in crime (*concorso*).

There are three main threads of legal doctrine regarding the *concorso*. According to the theory of conditionality, an act is criminally relevant only on condition that without it, the crime would not have been carried out “with those modalities”.³⁴ According to the theory of “facilitating causality”, it is “criminally relevant not only the necessary aid – which cannot be mentally eliminated without the crime disappearing – but also the aid that facilitates or makes the achievement of the final objective easier”.³⁵ Finally, according to the theory of the posthumous prognosis, any conduct that is *ex-ante* able to facilitate the realization of the crime contributes to it, even if *ex-post* proves to be useless or harmful. The latter is the thesis that prosecutors and judges preferred.

However, “the theory [...] according to which it would not be necessary for the atypical conduct to contribute causally to the achievement of the material act committed by others is *contra legem*; according to that theory, it would be sufficient if the conduct appeared to be *ex-ante* suitable to increase the likelihood of carrying out the crime, even if *ex-post* proved to be irrelevant”.³⁶ The defence adopts the theory of conditionality according to which the assistance must be evaluated in practice. That applies to a material fact (physical assistance), which would not have been produced if it had not been for the assistance that the accomplice provides to the principal perpetrator. But it also applies to the psychological assistance to the principal’s action: the influence must be ascertained on a case-by-case basis, with due rigor, because even the psychological assistance requires a proven influence on motivational processes that led others to the commission of a criminally relevant fact.

(b) To the vision of the *concorso* as emerged in the Maxi-trial, further shifts must be added, which minor proceedings can illuminate. Among the practices of the No

³³ My translation of: “*tutti gli imputati, nel momento in cui misero mano a sassi, estintori, bastoni ecc. per scagliarli sulle forze dell’ordine, espressero – sia materialmente, sia psicologicamente – la loro diretta tensione ai risultati illegali [...] [e] che gli agenti feriti non siano stati in grado di identificare gli autori [...] è irrilevante: tutti gli imputati che effettuarono lanci [...] devono rispondere del risultato lesivo complessivo [...] così come, tutti i componenti di un ‘gruppo di fuoco’ devono rispondere dell’evento letale cagionato*”.

³⁴ G. MARINUCCI & E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 358.

³⁵ G. FIANDACA & E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 4th ed., Bologna, Zanichelli, 2010, p. 505. My translation of: “*penalmente rilevante non solo l’ausilio necessario, che non può essere mentalmente eliminato senza che il reato venga meno, ma anche quello che si limita ad agevolare o facilitare il conseguimento dell’obiettivo finale*”.

³⁶ G. MARINUCCI and E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 358-359. My translation of: “*è contra legem la tesi [...] secondo cui non sarebbe necessario che la condotta atipica abbia causalmente contribuito alla realizzazione del fatto concreto da parte di altri*” and “*sarebbe sufficiente che la condotta apparisse ex ante idonea ad aumentare la probabilità di realizzazione del fatto, anche se ex post si è rivelata ininfluenza*”.

Tav movement there are the demonstrative actions: in particular the “nocturnal walks” at the construction site and the symbolic cutting of a small part of wire mesh.

On one of these occasions, two women are arrested and reported for violence against a public official and injuries. Only one of the two will be sentenced and only for the first offence to eight months of imprisonment (with conditional suspension). In this case, both Public prosecutor and judge of precautionary measures demonstrate a conception of the *concorso*, which is a further development of the approach analysed in the case of the Maxi-trial.

The case regards a defendant who claims not to have thrown anything against the policemen; the evidence being only in the fact that the police affirm it. The judge considers “reasonable that if G. had intended to limit himself to demonstrate peacefully, as soon as the demonstration has assumed a violent nature, he would have moved away” (Ordinance Tribunal Turin, 9/22/2011).

In sum, although the latter decision explicitly mentions the right to freedom of assembly as constitutionally guaranteed in a democratic state, *de facto* this right seems not to count if one is present in a context in which others perform acts considered as violent. Not to mention that there is no evidence of violent action, but only of symbolic and even explicitly accomplished protest. Usually, these minimal cuts to the meshes are made in front of police cameras or journalists to demonstrate the transparency of the political gesture.

(c) Another shift can be noticed in the trial for the facts of July 19, 2013 – it was another “nocturnal walk” – in which the GIP seems to assert the same thesis above mentioned and even to expand the scope of that. The GIP indeed stated that as those who continue to demonstrate were able to know in advance and to see that others were performing violent acts against police agents they can only be considered – it is argued – as taking part in these violent acts. Therefore, there was no need to seek and prove their causal contribution.

(d) An even more dubious type of complicity in crime is defined as “adherence to the facts” in the so-called Geovalsusa trial (Tribunal Turin 22474/2012), a company that cooperates in the Tav project. According to this judicial invention, people who illegally entered the company are charged for violating private property and for a presumed raid to its computer system. Although there is no evidence of the informatic attack, any participant in the sit-in was accused of it. Basing on a concept that the Italian criminal code does not contain, and without any evidence of the causal contribution, all demonstrators turn out to be punished for “adherence to the facts”.

In other words, all the people present were indicted for every crime committed within the walls of the Geovalsusa company. Their crime was their presence: the accessorial liability is never proved.

Without any evidence of the causal contribution of the single person, in open violation of the constitutional principle according to which criminal liability can be exclusively personal (art. 27 of the Italian Constitution).

Criminal liability is no longer personal. It cannot remain so when the goal becomes to punish the phenomenon, and not the individual actions, as liberal criminal law would admit.

Collective liability highlights the political nature of the trial, as a case of *political justice*³⁷ that does not appeal to the individual but to a “criminal crowd”.

During the hearings, it was frequently mentioned that the object of judgment is not the entire social movement but those individual criminal actions performed by each protester.

Nevertheless, public prosecutors’ reasonings contradict that justification.

Admittedly, there is always room for general considerations about the social movement’s progress, its history, and its composition. These assessments are not even oversights, but constants, that reminds what, for a different case, Ferrajoli had defined “a mega historical-political investigation into Italian subversion with open object and indeterminate boundaries”.³⁸

The best example of this attitude is provided by the indictment of the maxi-trial, where reference is made to the “precedents” of the No Tav movement. Referring to events that occurred many years before the crimes subject to judgment, the following excerpt demonstrates an interest in the social phenomenon rather than in individual offences:

it was not the first serious unrest that occurred in the area, since previously, for the same purposes of contrasting the installation of the construction site there had been demonstrations that resulted in violent actions, and there were initiatives in blatant violation of the law in the area.

In the order of the Questore of Turin of 6/21/11 prot. 8014, in the chapter entitled ‘protest initiatives’, all the actions to contrast the realization of the work starting from November 2005 with the first survey activities are listed and described. Actions that progressively became more frequent but above all more dangerous for public order and public safety...³⁹

Clearly, the right to freedom of assembly has a limit: the peaceful nature of the assembly. However, the problem here is different. Here the magistrates affirm that in order to punish these illicit behaviours, there is no other way than by broadening the range of validity of the concept of complicity in crime. Given that it is complicated to reconstruct the criminally relevant actions carried out individually, their

³⁷ Political justice can be defined as that action carried out by the judiciary which is characterized by political ends; as remarkably defined by the greatest scholar of the topic, “[P]olitical justice is the utilization of judicial proceedings for political ends. The political end, thus pursued, may be revolutionary or conservative, necessary from the community viewpoint or frivolous. It is not its legitimacy or illegitimacy with which we deal here, but only that it is pursued via the judicial process” (O. KIRCHHEIMER, « Politics and Justice », *Social Research*, vol. 22, n° 4, 1955, p. 377).

³⁸ L. FERRAJOLI, « Il caso 7 aprile. Lineamenti di un processo inquisitorio », in *Dei delitti e delle pene*, vol. 1, 1983, p. 181. See also D. FIORENTINO & X. CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2019, for a reconstruction of the political justice from the famous 7 aprile case – to which Ferrajoli makes reference – to the No Tav criminalisation.

³⁹ My original indictment’s transcription: “non si trattava dei primi gravi disordini accaduti nella zona, poiché già in precedenza, per le stesse finalità di contrasto ai lavori per la costruzione dell’opera vi erano state manifestazioni sfociate in azioni violente e nella zona erano in corso iniziative in palese violazione della legge”. – Nell’ordinanza del Questore di Torino del 21.6.11 prot. 8014 nel capitolo intitolato ‘iniziative di contestazione’ sono elencate e descritte tutte le azioni di contrasto alla realizzazione dell’opera a far data dal novembre 2005 con le prime attività di sondaggio. Azioni che progressivamente erano divenute sempre più frequenti ma soprattutto più pericolose per l’ordine pubblico e l’incolumità pubblica...”

choice is to punish everyone. For this reason, the old positivist criminological solution of the collective liability of the delinquent crowd comes back to mind.

Reading Sighele, we can see this trend:

Science feels that the irresponsibility for crimes committed by a crowd cannot be proclaimed because science knows that the social organism – just like any other organism – always reacts, in this case just as in any other, against anyone who threatens its conditions of life. To be the object of this reaction means to be responsible: if the reaction is, therefore, fatal and necessary, so, too, is the responsibility.

But who is responsible?

[...] [C]ommon sense responds: the entire crowd must be responsible. And science, after attempting to unravel the mysterious complexity of causes that determine the crimes committed by a crowd, and after seeing how these causes are so interrelated and blended that their individual values cannot be determined, is also forced (if it is to remain accurate and sincere) to give the same response as common sense: the entire crowd must be responsible.

The response cannot go beyond this collective name for the crowd, this vague and undetermined entity, given that only the crowd contains all of the anthropological and social factors that participate in the production of crimes committed by its members. It seems that to attribute the responsibility to a more determined and precise entity – the individual – would be an error; because all the elements of these crimes do not exist in the individual: the individual would only be one of the causes rather than the whole set of causes.

But is it possible for the crowd to be responsible? Is this collective responsibility a possibility in today's world?

In the past, collective responsibility was the only form of responsibility.⁴⁰

In other words, the judges should have respected the doctrine that interprets the assistance in a constitutionally oriented way. Instead, the judges choose the *contra legem* theory of posthumous prognosis and therefore consider every action as an effective assistance even if it could only be considered as potential. Instead of evaluating the assistance concretely, they consider it in a nonmaterial way. In doing so, they violate the principle of materiality of the penalty (art. 27 of the Constitution) according to which committed facts, not only potential, must be punished. In doing so, the judges do not care to evaluate the individual causal contribution. Indeed, they avoid doing it because they have no evidence. Therefore, by not proving the causal link, they punish subjects of which they have only a certain kind of evidence, that is, that they were demonstrating. Here is the link between the lack of evidence and the denial of the right to freedom of assembly.

EVIDENCE IS NOT PURE LOGIC

The No Tav case is far from being just a *unique* case; it is instead an experience that is as local as it is exemplary. The post-Enlightenment project from which this essay starts is not confirmed.

Here the words of Massimo Nobili reaffirm the point:

⁴⁰ S. SIGHELE, *The Criminal Crowd and Other Writings on Mass Society*, ed., intro. and notes N. Pireddu, trans. N. Pireddu and A. Robbins, fore. T. Huhn, Toronto, University of Toronto Press, 2018, p. 56-57.

It has been frequently argued in the past, and not infrequently repeated more recently, that the theory of judicial trials rotates in a rarefied and undisturbed atmosphere with respect to the world of values and political conceptions of society and of the trial. According to this approach, the rejection of the so-called “neutrality” of law and legal interpretation, if it can ever be valid in general, certainly does not come to involve the discipline of judicial evidence, since it is a matter of “pure logic”.⁴¹

On the contrary, this case shows how ideological conditioning can affect the (laborious) reconstruction of the facts. This Susa Valley criminalization workshop shows that the representations of society and politics modify the process of selection of evidence and their evaluation up to the judicial decision. The vision that was promoted by the magistrates in the various No Tav political trials seems to reveal the inquisitorial nature of the penal procedure. In addition, their conception of authoritarian and centralizing politics is tightly connected to the latter. First, I intend to clarify this second observation in order to come back to the inquisitorial legacy revealed by my casuistic analysis.⁴²

This empirical analysis shows that government choices and above all, the economic policies of the State, cannot be concretely challenged by a group of inhabitants organized in the form of a social movement. The actual exercise of the right to assembly cannot jeopardize the institutional logic of pursuing certain goals, depicted as useful to the development of society.

Political negotiation is not admissible; thus, the choices with an impact upon the territory are a matter of exclusive *central* government, without any degree of respect for the constitutional principle of *subsidiarity*.⁴³ In other words, directly concerned people have no voice.

Once all possible ways for a search of protection have been tried,⁴⁴ the inhabitants organize themselves in the form of protest. This continues over time and is reiterated until it becomes stronger and more cohesive. In the confrontation, the State acts harshly, militarizing the Valley.

The mechanism does not stop there, because the problematic issue lies in the fact that negotiation is denied and that conflict is not conducted through political means. Instead, its place is taken by the judiciary, which becomes the main actor conducting the *criminal* government of the conflict.

⁴¹ The original text says: “*Si è frequentemente sostenuto in passato e non di rado si è ripetuto più recentemente, che la teoria delle prove giudiziali ruota in una atmosfera rarefatta e imperturbata rispetto al mondo dei valori e delle concezioni politiche della società e del processo. Secondo questa impostazione, il rifiuto della cosiddetta ‘neutralità’ del diritto e dell’interpretazione giuridica, se mai può valere in via generale, certamente non arriva a coinvolgere la disciplina delle prove giudiziali, trattandosi di materia di ‘pura logica’.*” (M. NOBILI, « La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale” », in *Materiali per una cultura giuridica*, 4, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 419).

⁴² For an historical reconstruction of the legacy of the Italian fascist code, see L. GARLATI (ed.), *L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁴³ See A. AVERARDI, « Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opera e partecipazione democratica », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2015, p. 1173-1220.

⁴⁴ See P. MATTONE (ed.), *Tav e Valsusa: Diritti alla ricerca di tutela*, Napoli, Intra Moenia, 2014.

The judiciary feels legitimately entitled to defend society.

Where does this presumption of social defence draw from? Why should the judiciary punish some people without evidence? Perhaps, to defend society *from* dissent: through the penal sanctions that some must suffer, others are reduced in their potential participation in the protest. They face a deterrent. However, this also means that their right to assembly is prevented since protesting became equal to a quite high exposure to penalty.⁴⁵ As demonstrated above, for the judges, there is an equation between protesting and committing crimes.

WHY PUNISH WITHOUT EVIDENCE?

The inquisitorial character of the criminal trial always tends to re-emerge, and history is full of examples in this sense. However, in recent times the “inquisitorial atavism”⁴⁶ has been awakened by a stream of thought which is still very close to our time: Positivist Criminology.⁴⁷

The long-standing problem of recidivism that arose in the nineteenth century, together with wandering, brigandage, and danger of sedition, required a new way of punishing. The Positivist School promoted a new set of penalties: e.g., the invention of security measures and the burdening of the preventive measures devised a few decades earlier. In sum, society – which according to Beccaria’s Classical scholarship must be protected from crime and only secondarily from the offender – must now be directly protected from delinquent subjects. A transition from the classical logic anchoring to facts to a subjective and crowd orientated liability cannot be without consequences.

In the historical arc that runs from about 1880 to 1930, a political-juridical orientation has developed which, although not completely original, acted in a peculiar manner, leaving outcomes in the doctrine and especially in the jurisprudence of the successive decades, up to the present day.⁴⁸

⁴⁵ According to the utilitarian theory, through punishment a mechanism of deterrence is always activated, potential illicit conduct is curbed, and from here the orientation of human behavior is addressed in the direction of lawfulness. The principle of deterrence has its roots in the mists of time. Already Seneca claimed that it is convenient to punish not in order to discount the sin committed in the past, but in view of future sins, *ne peccetur*.

⁴⁶ L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 260.

⁴⁷ Among several texts at least three are fundamental to understand the positivist “revolution”: C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria (cause e rimedi)*, Torino, Bocca, 1880; E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881; R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca, 1885. About the political crime see: C. LOMBROSO & R. LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologo criminale ed alla scienza di governo*, Torino, Bocca, 1890; C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino, Bocca, 1894.

⁴⁸ The original text says: “Nell’arco storico che corre all’incirca tra il 1880 ed il 1930, si è sviluppato un orientamento politico-giuridico che, pur non completamente originale rispetto al passato, si atteggiò allora in maniera caratteristica, lasciando esiti nella dottrina e soprattutto nella giurisprudenza dei decenni successivi, sino ai nostri giorni.” (M. NOBILI, « La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale” », *op. cit.*, p. 420.)

The most outstanding critic of positivist criminalists, Lucchini, highlighted that these scholars promoted “not the *certainty* of evidence, but the *sufficiency* of the clues”.⁴⁹ Indulgent in punishing, for positivist jurists, clues were enough. As in the title of an article by Ferri, the criminal law had to play an eminently social function: preventing and punishing.⁵⁰ To this end the necessary resources could not be reduced: the corollary was the annoyance for the laborious reconstruction of the fact and in general for the respect of the due process of law, promoted by the jurists of the classical school of criminal law.

In fact, “in the mentioned period [...] a way of understanding the trial was enforced in which the weight of the inquisitorial phase is prominent [...], and the figure of the judge emerges as strengthened”.⁵¹

While the erosion of *Magna Charta Libertatum* was undertaken by Positivist Criminology, a specific vision of politics – authoritarian and centralized at once – substituted Enlightenment’s liberalism.

There is no longer a conception of freedom as individual autonomy and at the same time, personal liability in the face of a criminal conduct. As opposed to the Enlightenment, which forged criminal law, now the value of the State is considered higher than the one of the individual. Positivists rejected Carrara’s warning, according to which punitive power must always be regarded with suspicion because it limits everyone’s freedom. Also, to have the right to restrict freedoms, a judge must follow strict rules.⁵² The cornerstone of the classical theory was the presumption of innocence.

Conversely, for positivists the defendant became an “instrument through which the ‘punitive magisterium’ of the State can be exemplarily realized; his subjective rights ‘faded’ and seemed to vanish, even in the field of fact-finding”.⁵³ This essay aims at shedding light on the positivist legacy that accompanies today’s punitive expansion.

The nonchalance through which a formula circumvents the laborious process of fact-finding that *de facto* is a collective liability recalls Sighele’s intentions in *The delinquent crowd* (1894): for crowd crimes, we must punish everyone, because vice

⁴⁹ “non la *certezza* della prova, ma la *sufficienza* degli indizi” (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, op. cit., p. 260).

⁵⁰ E. FERRI, « Il diritto di punire come funzione sociale », *Archivio di psichiatria, scienze sociali e antropologia criminale per servire allo studio dell’uomo alienato e delinquente*, vol. III, n° 1, 1882, p. 51-85.

⁵¹ In the original text: “nel periodo segnalato [...] si rinsaldò una maniera di intendere il processo, in cui risulta preminente il peso della fase inquisitoria [...] ed in cui la figura del giudice esce rafforzata” (M. NOBILI, « La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale” », op. cit., p. 420).

⁵² Also one of the major scholars of the theory of evidence in the criminal trial, emphasizes that the purpose of the trial is to safeguard the citizen from the arbitrariness of the judge (see C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria Della Prova Nel Processo Penale*, Milano, F. Sanvito, 1858).

⁵³ In the original text: “strumento attraverso cui realizzare il ‘magistero punitivo’ dello stato esemplarmente; i suoi diritti soggettivi si ‘affievolivano’ e parevano svanire, anche nel campo dell’accertamento del fatto” (M. NOBILI, « La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale” », op. cit., p. 420).

versa – seeking the individual liability – no one would be punished. On the contrary, we must punish: to reaffirm the need for punitive power and to activate a deterrent against potential dissidents. The justification for this punitive power exists and was theorized at the turn of the nineteenth and twentieth centuries, with consequences still evident today.

According to Marc Ancel – who develops a pioneering work on the “new social defence” – “it is not necessary, in our age, to offer a justification for a book on social defence. Few notions are so currently evoked” and “these multiple uses ultimately demonstrate that the term ‘social defence’ corresponds to an authentic reality of our time”.⁵⁴ In other words, he maintains that the principle of social defence is at the basis of criminal law and still serves as a justifying basis for it, even in an entirely tacit manner.

According to Baratta, social defence has become part of the “dominant philosophy in legal science and the common opinions not only of the representatives of the penal-penitentiary apparatus but also of the man on the street”. The perception of contemporary jurists is that the principle of social defence is an achievement: “the sum of the major advances achieved by modern criminal law”.⁵⁵

Social defence would be based above all on the principle of legitimacy according to which the State would be the expression of society and therefore legitimized to punish the offender who acts against it. It is easy to read social defence in the sense of defending the State, once fascism comes to power. “The absolutization of the ‘State that defends itself’ stands out as a result of the cultural streams that reduce the citizen’s public rights to reflected rights”.⁵⁶

The proof of this compatibility between the positive school and the defenders of the fascist State lies in the drafting of the 1930 Italian penal code, which is still in force.⁵⁷ The unitary theory of the fascist doctrine, which makes the State the center of the penal trial by eliminating the duality of interests (the repression for the State and his protection for the subject of law), is the procedural implication of social defence.⁵⁸ On the basis of the denial of individual interests before the State, the fundamental rights of the accused are denied.

Admittedly, – as stated by Sabatini in his *Teoria delle prove* – the new “scientific” and “rational” investigation on the evidence, promoted by positivist criminalists, resolved a typical *vice* of the accusatory system: its “inappropriate protection of the accused to the detriment of social defence”.⁵⁹

Foucault makes a critical remark on this when he says that judicial options conform to an external principle, namely “to a certain ‘philosophy’ of penal practice”. It is the “very ancient idea” that society must be defended, which “is becoming –

⁵⁴ M. ANCEL, *Social defence. A Modern Approach to Criminal Problems*, London, Routledge and Kegan Paul, 1965, p. 1.

⁵⁵ A. BARATTA, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale. Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Università di Bologna, 1980, p. 44-45.

⁵⁶ F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da “delitto fittizio” a “nemico dello stato”*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 342.

⁵⁷ T. PIRES MARQUES, *Crime and the Fascist State 1850-1940*, London, Chatto, 2013.

⁵⁸ M. NOBILI, « La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale” », *op. cit.*, p. 439.

⁵⁹ G. SABATINI, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, Catanzaro, G. Abramo, 1913, p. 190.

this is the novelty – an effective operating principle”.⁶⁰ According to Tulkens, social defence was an (idealistic, unrealized) project of total governmentality, of governing the whole social body, a new philosophy of the role of the State and a new form of protection against social risks.⁶¹ The purpose of investigating this genealogy is the attempt to understand broadly why criminal law today has a central role in managing social and political conflicts.

Xenia Chiaramonte

Xenia Chiaramonte (Palermo, 1987) is a jurist and sociologist of law. She graduated in law (University of Milan) and completed the master's degree in Sociology of Law at the Oñati Institute. During her PhD in Law and Society, she spent a semester in Berkeley (CSLS). She teaches Critical Criminology and has recently published her monograph on the judicial criminalization of social movements in Italy: *Governare il conflitto* (Milano, Meltemi, 2019).

⁶⁰ M. FOUCAULT, « La stratégie du pourtour », *Le Nouvel Observateur*, n° 759, 28 mai-3 juin 1979, p. 7 (M. FOUCAULT, « La strategia accerchiamento » (1979), in S. VACCARO (ed.), *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, Palermo, Duepunti, 2009, p. 114-115).

⁶¹ F. TULKENS, *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruxelles, E. Story-Scintia, 1988.

La preuve à l'épreuve

Origines et modalités de l'enquête pénale selon Michel Foucault*

L'œuvre de Michel Foucault est généralement associée à l'idée d'une critique dévastatrice de l'appareil judiciaire et policier, menée à partir non tant de ses fondements que de ses modalités de fonctionnement. Il est indéniable que la dénonciation et la délégitimation des institutions pénales font partie de ses objectifs. Cependant, on ne saurait les ramener à de simples postures militantes. De fait, la profusion des textes de Foucault ayant trait aux institutions judiciaires a longtemps masqué la cohérence et l'ampleur d'une démarche que la publication des cours et conférences inédits, d'une part, et le flot croissant de commentaires qui les accompagnent, d'autre part, ont depuis contribué à mettre au jour – même si ce fut d'abord de manière quelque peu désordonnée, la publication des cours au Collège de France ne s'étant pas, loin de là, opérée dans l'ordre initial, ce qui aurait pu permettre de mieux comprendre les inflexions successives de la pensée foucauldienne.

Or, on peut désormais considérer que la réflexion de Foucault sur la preuve en matière pénale, qui a pris la forme d'une ample analyse historique de l'enquête judiciaire, a constitué une matrice essentielle de la réflexion qu'il a menée à partir de 1970 sur le pouvoir et son rapport à la vérité. Cet aspect de ses recherches constitue ainsi, en quelque sorte, le soubassement de ses travaux les plus connus en matière pénale, ceux qui se concentrent sur l'émergence des disciplines à l'âge classique, et dont *Surveiller et punir* (1975) se présente comme l'aboutissement majeur, mais qui de ce fait même contribue encore, paradoxalement, à occulter la richesse de ces travaux préalables.

Ainsi, se concentrer sur cette réflexion originale sur la preuve répond ici à un triple objectif : premièrement, contribuer à l'éclaircissement, à présent que les principaux jalons en sont disponibles, de ce qu'on pourrait appeler l'histoire foucauldienne du discours judiciaire (et plus particulièrement, pénal, antérieurement à, et en complément de l'émergence des disciplines) ; deuxièmement, et secondairement, mieux comprendre les liens entre cette histoire et la réflexion entreprise dans les champs connexes de ses investigations (folie, sexualité, disciplines, gouvernementalité, etc.) – même si un traitement complet de cette question déborderait largement les limites du présent travail ; troisièmement et enfin, éclairer par là même

* Je remercie Fabien Girard, responsable de la formation en Master du Collège de droit de l'Université Grenoble Alpes, de m'avoir donné l'occasion de développer les hypothèses qui ont servi de base à cet article, lors de l'année universitaire 2018-2019.

le statut du discours philosophique par rapport à ce discours juridique, ce qui revient à expliciter le fondement de la critique qu'il entend opérer de ce discours – ou, en d'autres termes encore, à expliciter son propre rapport à la vérité.

Ces trois dimensions peuvent être distinguées, mais elles sont en réalité profondément indissociables, car il paraît impossible de séparer la teneur purement historique ou positive des travaux de Foucault de leur dimension proprement philosophique. Quand bien même, en effet, on souhaiterait se contenter de relever les différentes références que fait Foucault à l'histoire longue de l'enquête pénale au cours de son œuvre, on serait obligé de constater l'hétérogénéité des contextes : il n'y a pas seulement reprise ou approfondissement, mais une véritable modification de la perspective et des objectifs mêmes de la recherche, de telle sorte que la lecture foucauldienne de l'enquête pénale n'est pas absolument univoque et doit être comprise en fonction d'un projet proprement philosophique, qui relève d'une réflexion générale, quoique inégalement explicitée, sur le rapport entre le discours et la vérité dont il est porteur.

De ce fait, et toutefois, on ne peut pas non plus considérer que la réflexion de Foucault affronte directement, dans sa généralité, la question de la preuve judiciaire. Si, selon lui, le discours judiciaire paraît constituer le foyer privilégié de la relation problématique du pouvoir à la vérité, il demeure que, dans la mesure où le droit reste pour l'essentiel envisagé à la lumière de sa dimension punitive, c'est surtout en matière pénale qu'est considéré chez lui le problème de la preuve judiciaire. On verra ainsi, dans un premier temps, en quoi le modèle de l'épreuve judiciaire a d'abord fait l'objet d'une forme de réhabilitation par Foucault, à travers l'étude de son occultation dans l'Antiquité, puis au Moyen Âge, au profit de la figure selon lui typiquement occidentale d'établissement de la vérité judiciaire qu'est l'enquête. Mais, comme on le verra dans un deuxième temps, cette réhabilitation de l'épreuve contre l'enquête a elle-même ensuite fait l'objet d'une relativisation, corrélative d'une mise à distance du modèle de la guerre pour analyser les rapports de pouvoir qui se fait jour dans d'autres textes de la même période. La réhabilitation de l'épreuve par Foucault s'est alors recentrée autour du problème du rapport véridique à soi-même, à travers la critique du paradigme de l'aveu en matière pénale, mais dont les limites trahissent selon lui, la faiblesse de rien moins que l'ensemble de l'édifice philosophico-juridique qu'est le système pénal.

I. ANNÉES 1970 :

L'AFFRONTLEMENT BELLIQUEUX COMME CONTRE-MODÈLE DE LA JUSTICE PÉNALE

La proto-histoire de l'enquête pénale en Grèce antique

La publication des derniers cours et conférences inédits¹ a permis de mettre en lumière la continuité, qui manquait initialement d'évidence, entre les premières

¹ Trois textes ou séries de textes, principalement, constituent les jalons de l'étude foucauldienne de l'antiquité sous le rapport du droit pénal, en relation avec l'histoire occidentale et plus spécifiquement française. Tout d'abord, les *Leçons sur la volonté de savoir* (1970-1971 ; Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2011 ; ci-après *LVS*), exclusivement centrées sur la Grèce antique, mais auxquelles il faut joindre le cours de l'année suivante, *Théories et institutions pénales* (Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2015 ; ci-après *TIP*), où celles-ci sont étudiées d'abord à l'âge classique, puis au Moyen-Âge. Ensuite, la série de conférences de 1973, « La vérité et les formes juridiques » (in

recherches de Foucault, centrées sur l'âge classique et les sociétés disciplinaires, et ses recherches tardives sur l'Antiquité². Mais cet intérêt n'était pas nouveau en 1980 : les *Leçons sur la volonté de savoir*, qui inaugurent l'enseignement de Foucault au Collège de France (1970), sont ainsi, déjà, entièrement consacrées à la Grèce antique.

Dès l'origine, les travaux de Foucault sur la vérité et le droit pénal concernent donc, conjointement, deux périodes, dont le lien n'est établi que d'une manière lâche (avec des périodes inexplorées entre les deux) : l'Antiquité grecque d'une part, le Moyen Âge et l'âge classique de l'autre³. Il semble en effet que la Grèce antique, pour Foucault, ait joué d'une certaine manière, par rapport à l'histoire moderne et contemporaine de l'Occident, le rôle d'une « autre scène », qui aurait à la fois joui d'une prééminence chronologique et d'une forme de dignité philosophique supérieure, ce qui constitue une trace de la lecture que Foucault a faite de Heidegger et de Nietzsche⁴. La césure historique dans l'histoire des formes de juridiction semble alors pouvoir être interprétée en partie comme le signe d'une différence de statut dans l'analyse, qui n'est plus seulement historique mais a, pour partie, une valeur directement philosophique, permettant éventuellement la transposition directe de catégories d'analyse d'une période dans une autre.

En dépit de la distance qui les sépare, c'est ainsi d'abord un même schème explicatif qui permet à Foucault d'analyser la naissance de l'enquête médiévale et ce qu'on pourrait appeler la « proto-histoire » de l'enquête dans la Grèce antique. Ce schème est celui du passage entre deux procédures au demeurant bien connues du droit pénal, d'une procédure accusatoire à une procédure inquisitoire. À travers cette forme de réhabilitation (ou de réminiscence) de la procédure accusatoire, toute l'histoire longue qu'entreprend Foucault des modalités d'établissement de la preuve en Occident constitue à cet égard une tentative de fonder une critique radicale de la façon dont le discours judiciaire moderne entend s'arroger le privilège de la vérité, en ce qu'il s'autoriserait, par le biais de procédures impartiales d'établissement de la preuve, d'une sorte de rationalité pure. Dès lors, dans le contexte des premières études de Foucault, au début des années 1970, ce passage a de profondes

Dits et écrits, t. I, Paris, Gallimard, 2000, p. 1406-1514 ; ci-après *VFJ*), qui est comme un condensé (mais dont nous avons cette fois une version rédigée). Enfin, *Mal faire, dire vrai* (1981, Presses universitaires de Louvain, 2012 ; ci-après *MFV*), qui comme le précédent texte juxtapose sans réelle transition l'étude de la Grèce antique et de l'Occident médiéval, puis les âges classiques et contemporains. Cependant, comme on le verra, la réflexion de Foucault y est enrichie et infléchie par ses travaux sur le christianisme primitif (qui ont précédé ceux sur les techniques de soi de l'Antiquité, alors qu'ils n'ont été accessibles que bien après ces derniers).

² Voir sur ce point M. SENELLART, « Le cours *Du Gouvernement des vivants* dans la perspective de l'*Histoire de la sexualité* », in D. LORENZINI, A. REVEL et A. SFORZINI (dir.), *Michel Foucault : éthique et vérité, 1980-1984*, Paris, Vrin, 2013, p. 32-51.

³ Ces deux périodes, comme on le verra, servant de soubassement aux études sur l'âge classique, puis sur les XIX^e et XX^e siècles.

⁴ Voir par ex. *L'Herméneutique du sujet*, Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2001 [1982], p. 182, où Foucault évoque explicitement Heidegger comme l'auteur par rapport auquel il situe sa réflexion sur le rapport de la vérité et du sujet. La référence nietzschéenne est transparente, quant à elle, dans le titre « La volonté de savoir », qui a servi à Foucault à la fois pour son premier cours, sur la vérité en Grèce ancienne, et pour le premier tome de son *Histoire de la sexualité*, consacré aux relations entre sexualité et pouvoir à l'époque contemporaine.

implications, puisqu'il conduit rien moins qu'à discuter les catégories fondamentales du discours philosophique occidental lui-même⁵.

D'après Foucault, dans la période archaïque, telle que nous la laissent entrevoir les récits homériques, la vérité n'apparaît pas sous la forme de l'objet d'une constatation, mais au contraire sous la modalité d'une *épreuve*, celle de l'affrontement d'un danger maximal⁶. En effet, « dans la pratique judiciaire archaïque, la parole de vérité n'est pas liée à la lumière et au regard sur les choses ; elle est liée à l'obscurité de l'événement futur et incertain⁷ ». Or, des textes d'Hésiode, associés à un certain nombre d'inscriptions (dites législation de Gortyne), permettent de comprendre comment cette conception de la vérité comme épreuve a été disqualifiée au profit d'un autre type de véridiction dans lequel le serment n'est plus prêté par les parties en présence, mais par le juge, qui dans le système précédent ne faisait qu'attester de la régularité de la procédure⁸. Le « serment décisoire » des parties est remplacé par le « jugement-mesure » du juge ; la « vérité-défi », ordalique, par une « vérité-savoir » hors parties⁹.

Dès lors, si seul le juge s'expose au courroux des dieux dans le risque de l'erreur, les parties se retrouvent quant à elles « disqualifiées en tant que porteuses de vérité¹⁰ ». En revanche, sa sentence, que ce soit en droit criminel ou dans les procès civils, a pour fonction d'établir une compensation à l'égard de ce qui a été lésé – sanctionnant non pas le criminel, mais le crime ; reconnaissant non pas un droit subjectif, mais la simple nécessité d'une rétribution ou d'une destitution¹¹. Autrement dit, le nouveau droit du *krinein* (impliquant le serment du juge) s'est substitué, chez Hésiode, au « mauvais » droit du *dikazein* (impliquant le serment des parties) qui rappelait le pré-droit archaïque de la vérité-épreuve. Dès lors, le *dikaion*, la nouvelle figure de la justice qui apparaît alors, se comprend fondamentalement comme étant articulée à un ordre du monde qu'elle permet de maintenir¹² :

Le faiseur des lois sera en même temps celui qui dit l'ordonnance du monde ; il veille sur lui, solidairement, par ses chants ou son savoir, et par ses prescriptions et sa souveraineté. Et inversement celui qui connaît l'ordre du monde pourra dire ce qui est le meilleur et le plus juste pour les hommes et les cités.

La notion de *nomos* devient centrale et équivoque. À partir de cette forme juridique du *krinein* apparaît un type singulier de discours vrai qui est lié au *dikaion*, au *nomos*, à l'ordre du monde et à l'ordonnancement de la cité. Il est encore fort éloigné de notre discours vrai à nous, mais le nôtre en dérive par transformations

⁵ De fait, ce cours fait suite à la leçon inaugurale, *L'Ordre du discours*, dans laquelle Foucault faisait l'hypothèse absolument radicale que le « partage du vrai et du faux » était lui-même l'effet des rapports de pouvoir – ce qui a provoqué récemment l'étude peu amène de J. BOUVERESSE, exclusivement centrée sur ce cours, *Nietzsche contre Foucault. Sur la vérité, la connaissance et le pouvoir*, Paris, Agon, 2016.

⁶ LVS, p. 72, 82-83.

⁷ *Ibid.*, p. 83. Voir également MFDV, leçon du 22 avril 1981.

⁸ LVS, p. 84-93. Sur le rôle du juge dans le droit archaïque, voir LVS, p. 77 : « Les juges sont en position seconde. [...] Ils n'ont donc pas à dire le vrai, ils ont à dire ce qu'il faut faire ». Sur l'ensemble de ces transformations, voir également MFDV, leçon du 22 avril 1981.

⁹ LVS, p. 103.

¹⁰ *Ibid.*, p. 88.

¹¹ *Ibid.*, p. 90-91.

¹² *Ibid.*, p. 92.

multiples.

Nous appartenons à cette dynastie du *krinein*¹³.

Poursuivant son analyse, Foucault suggère que cette transformation des structures de savoir et de pouvoir peut se comprendre à la lumière de l'adaptation des formes de pouvoir orientales à la société grecque, sur fond de poussée démocratique et de revendication de partage des terres. En effet, le savoir cosmologique qui apparaît dans ce nouveau *dikaion* chanté par l'auteur des *Travaux et les jours* n'est autre que celui des empires assyriens et babyloniens : savoir des jours fastes et néfastes indiqués par le calendrier officiel, savoir des quantités et des mesures nécessaires au prélèvement de l'impôt, savoir récitatif, enfin, des rituels épiques à la gloire du pouvoir¹⁴. Or, il est facile de voir que, transposé dans la Grèce classique, ce savoir se transforme :

ce ne sera plus [...] le savoir des fonctionnaires, des scribes, des comptables et des astrologues du pouvoir ; ce sera le savoir dont tout homme a besoin pour être juste et revendiquer, de chacun, la justice. Le savoir se déplace de l'exercice du pouvoir au contrôle de la justice¹⁵.

Dès lors, Foucault n'hésite pas à repérer, dans ces transformations grecques du savoir-pouvoir oriental, les origines des grandes catégories du savoir occidental : au savoir des origines et de la succession des temps correspondraient ceux de la cosmologie, de la philosophie et de l'histoire ; à celui des quantités et des mesures, les mathématiques et la physique ; à celui du moment et de l'événement, les savoirs techniques de l'agronomie et de la médecine, ainsi que les savoirs magiques (ce dernier peu à peu marginalisé toutefois)¹⁶. Et suite à l'oubli du lien archaïque entre savoir et pouvoir qui caractérisait la tyrannie orientale, émergeront dans la culture occidentale deux figures symétriques, celle de l'ignorance innocente et du savoir tout-puissant : saint Antoine et Faust (ce dernier étant toutefois impuissant sans l'appui redoutable de Méphistophélès)¹⁷.

Une fable contemporaine résume et décrit cette transformation et cette occultation : la tragédie d'*Œdipe roi*, qui est comme la première figuration mythique de l'enquête impartiale comme puissance de relégation des procédures accusatoires par épreuve des parties. À rebours de la lecture freudienne qui fait d'*Œdipe* un inconscient et de son histoire la révélation des structures intemporelles du désir humain, Foucault, qui revint sur cette lecture à de nombreuses reprises dans la décennie suivante¹⁸, montre au contraire qu'il est l'homme du *savoir* : mais un savoir qui a précisément cessé de valoir à l'heure de la nouvelle structuration des rapports

¹³ *Ibid.*, p. 92-93.

¹⁴ *Ibid.*, p. 106.

¹⁵ *Ibid.*, p. 107. Sur la question agraire et les autres événements (parmi lesquels la révolution hoplitique) à l'origine de ces adaptations grecques, voir *ibid.*, p. 115-123.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 115. Dans la perspective d'une histoire de la subjectivité, Foucault traitera à nouveau la figure de Faust en 1982 (*L'Herméneutique du sujet*, Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2001 ; ci-après *HS*, p. 296-297) et, plus rapidement, en 1984 (*Le Courage de la vérité*, Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2009, ci-après *CV*, p. 196).

¹⁸ *LVS*, leçon du 17 mars 1971 et conférence « Le savoir d'*Œdipe* » ; *VFJ*, p. 1421-1438 ; *Du gouvernement des vivants* (ci-après *DGV*), leçons des 16, 23 et 30 janvier 1980 ; *MFDV*, cours du 28 avril 1981.

entre la vérité et la justice. Aux yeux des Athéniens qui en découvrent le mythe, Œdipe est doté d'un *savoir de trop* et ce, d'abord, parce qu'il est un *homme en trop*¹⁹.

Foucault montre que la pièce est construite comme une énigme résultant de la dissémination d'une série de fragments détenus par les diverses parties prenantes du drame, et dont seule la réunion permettra la manifestation de la vérité, et du même coup la fin du mal qui ronge la ville, la peste. Or, tous ces différents morceaux de la vérité seront finalement réunis dans la personne même d'Œdipe, qui est donc le véritable *symbolon*, ce tesson brisé servant de signe de reconnaissance, du drame même. La résolution du problème nécessitera ainsi la conjonction des différents savoirs détenus respectivement par les dieux et les devins (Apollon, Tirésias) – savoir divin –, par Jocaste et Œdipe lui-même, qui savent l'une que Laïos a été assassiné, l'autre qu'il a tué un voyageur – savoir royal –, et enfin par les bergers, le messager de Corinthe et l'esclave de Thèbes, qui font finalement éclater la vérité sur la naissance d'Œdipe et de ce fait permettront la résolution de l'énigme.

Or, de ce point de vue, l'histoire de la pièce est d'abord celle d'un déplacement de la parole prophétique et prescriptive des dieux (relayée par les devins et les oracles) à celle, rétrospective et constative, des bergers, lesquels *témoignent* de ce qu'ils ont vu et fait. Ce déplacement demeure autorisé par la correspondance terme à terme (et non la contradiction) de leurs savoir respectifs, l'un orienté vers le futur, l'autre vers le passé : les dieux et les bergers sont bien détenteurs de la même vérité immuable.

Le problème se pose donc en réalité au niveau intermédiaire, celui des rois, qui donne significativement son titre à la pièce (*Oidipous tyrannos*). En effet, Œdipe est dans la pièce le seul personnage qui se soucie moins de la vérité que de son pouvoir, qu'il craint de perdre. Or, c'est aussi celui qui cherche le plus à savoir. Mais le savoir qu'il déploie est celui de l'enquête : c'est un savoir nouveau, qui est bel et bien humain et qui n'a rien à voir avec le registre de l'épreuve ou de l'ordalie de la période archaïque. Cependant, à la différence des bergers innocents parce qu'étrangers à l'exercice du pouvoir, Œdipe revendique ce savoir à son propre profit : l'enquête ainsi ne doit pas tant le mener à la vérité qu'à l'affermissement de sa puissance. C'est en cela qu'il est l'héritier de la tyrannie orientale, et c'est aussi la raison pour laquelle le drame ne peut se résoudre que par son expulsion. En effet, le châtier reviendrait à le traiter en simple criminel, alors que l'expulser signifie explicitement rejeter la forme judiciaire et politique qu'il incarne tout entière.

Odia signifie en même temps « savoir » et « voir » ; *oidipous* est celui qui est capable de cette activité de voir et de savoir : « parce qu'il était cet homme au regard autocratique, ouvert sur les choses, Œdipe est tombé dans le piège²⁰ ». Il était celui qui voyait, qui savait, et par cela même il a été aveuglé. Désormais, ce savoir-pouvoir oriental est littéralement chassé de la scène de la cité athénienne : c'est là ce que raconte le drame. Dès lors, Platon pourra dire qu'il y a antinomie du pouvoir

¹⁹ Significativement, dans un cours ultérieur, au sujet des techniques de soi antiques et chrétiennes, Foucault parlera des discours à leur sujet comme d'un « discours en trop » par rapport à la réalité qu'ils entendaient expliciter et maîtriser (voir *Subjectivité et vérité*, 1981, Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 2014, ci-après SV, p. 229-242). Ce qui montre à nouveau la stabilité des catégories foucauldienne d'analyse des discours de pouvoir.

²⁰ VFJ, p. 1435.

et du savoir, et les démocrates athéniens revendiquer le pouvoir de juger et d'opposer la vérité aux détenteurs du pouvoir – ce que Foucault n'hésite pas à qualifier de « grande conquête de la démocratie grecque » : « ce droit de témoigner, d'opposer la vérité au pouvoir, ce droit d'opposer une vérité sans pouvoir à un pouvoir sans vérité » ; « le processus à travers lequel le peuple s'est emparé du droit de juger du droit de dire la vérité, d'opposer la vérité à ses propres maîtres, de juger ceux qui le gouvernent²¹ ».

En dépit de sa critique sous-jacente, un tel jugement, qui fait écho à des textes ultérieurs de Foucault sur la vérité comme instance critique du pouvoir²², paraît interdire de considérer l'analyse historique des modes de véridiction comme une simple critique de la vérité-savoir au profit d'une réhabilitation du savoir-épreuve, ce qui rend d'autant plus difficile l'appréciation de la position de Foucault sur ce point. Il y a donc là l'indice d'une difficulté qui, comme on le verra, ne sera affrontée qu'ultérieurement. On peut simplement relever pour l'heure que Foucault entreprend sa propre histoire des modes d'administration de la preuve comme une épreuve critique de ces derniers. Dès lors, qu'il retrouve sans cesse la catégorie d'épreuve du système accusatoire face à la preuve objective et impersonnelle du système inquisitoire ne doit pas étonner, puisque cette opposition joue dans son propre discours comme l'hypothèse fondamentale qui guide et oriente sa recherche, sur ce point comme sur d'autres du reste. C'est donc sans surprise que les mêmes catégories opèrent à nouveau dans l'histoire de l'enquête pénale moderne, pour laquelle Foucault parle de « seconde naissance » au Moyen Âge²³.

Du droit germanique à l'enquête médiévale

Pour comprendre l'origine des procédures pénales modernes, Foucault récuse toute explication de type téléologique qui y verrait un progrès sur le plan rationnel, voire moral, et renvoie à une lente recomposition de rapports de pouvoir, en prenant à nouveau pour référence la catégorie d'épreuve dans le droit archaïque. Certes, il ne s'agit plus alors du droit de la Grèce ancienne, mais de l'ancien droit

²¹ *Ibid.*, p. 1439.

²² Voir par exemple « Qu'est-ce que la critique ? [Critique et *Aufklärung*] », *Bulletin de la société française de philosophie*, vol. 84, n° 2, 1990 [séance du 27 mai 1978], p. 35-63.

²³ *TIP*, leçons des 2 et 9 février 1972 ; *VFJ*, p. 1439.

germanique²⁴. Le droit y constitue « la forme rituelle de la guerre²⁵ ». Une fois reconnu le litige, on s'affronte dans un cadre et selon des modalités prédéfinis, et cela aboutit à une décision reconnue comme légitime.

En 1973, Foucault recense ainsi trois types d'épreuves²⁶. Les premières attestent l'importance sociale d'un individu, par sa capacité à faire témoigner pour soi, sous serment, sa propre parentèle (qui n'est pas là pour dire le vrai mais seulement pour faire masse : il n'est pas question d'alibi). Les secondes, verbales, montrent sa capacité à répondre aux accusations par un certain nombre de formules assurant qu'il n'avait pas commis vol ou meurtre, sans faute de grammaire, intversion des mots, etc. (si l'accusé est un mineur, une femme ou un prêtre, quelqu'un d'autre peut les prononcer à sa place). Les troisièmes sont magico-religieuses : la prestation de serment (si l'accusé n'ose pas, il perd le procès) et l'ordalie, ensemble d'épreuves physiques dans lesquelles Foucault voit une lutte avec son propre corps (comme dans l'épreuve du feu où l'on perd son procès si on conserve des cicatrices deux jours après avoir marché sur des braises).

Ainsi, quelle que soit la forme de la procédure, et en l'absence d'instance tierce aux parties en présence, « au fond il s'agit toujours d'une bataille, il s'agit toujours de savoir qui est le plus fort²⁷ ». Pour comprendre leur abandon (mais aussi leur rémanence partielle et subordonnée, comme dans le serment moderne des témoins), Foucault invoque le développement du pouvoir monarchique, à travers la concentration du pouvoir symbolique (signes de valeurs), matériel (biens), et coercitif (militaire), qui atteint un seuil important au cours du XII^e siècle, entraînant l'apparition de formes juridiques nouvelles. Celles-ci sont caractérisées par l'imposition de la justice d'en haut aux parties du litige, par l'apparition de la figure du procureur, autour du XII^e siècle, représentant du souverain, du roi ou du maître, dont le pouvoir est lésé par le seul fait du délit ou du crime ; par celle, corrélative, de l'infraction, c'est-à-dire du fait que le tort n'est pas seulement fait à l'autre partie mais aussi au souverain (l'infraction remplace donc le tort) ; enfin, que le souverain

²⁴ Foucault, dans ses conférences et cours publics, ne cite pas ses sources, que B.-E. Harcourt identifie cependant comme suit (*TIP*, p. 122, note 16) : « H. Brunner, "La parole et la forme dans l'ancienne procédure française" (Académie des sciences de Vienne, vol. 57), trad. in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2^e série, I, 1871 ; J.-J. Thonissen, *L'Organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2^e éd., Paris, Maresq, 1882 [1881] ; R. Monier, *Les Institutions judiciaires des villes de Flandre, des origines à la rédaction des Coutumes*, Lille, Bresle, 1924 (Fonds BnF) ; ainsi, sans doute, que R. Sohm, *Études sur les institutions germaniques. La procédure de la Lex Salica*, Paris, Librairie A. Franck ("Bibliothèque de L'École des Hautes études. Sciences philologiques et historiques" 13), 1873 ». Sur l'opposition des procédures accusatoire et inquisitoire, il s'appuie (voir B.E. Harcourt, *TIP*, p. 140, note 1) sur C.J.A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle, ou Exposition comparée de la preuve en matière criminelle* (trad. C.A. Alexandre, Paris, De Cosse et N. Delamotte, 1848), et surtout sur l'ouvrage classique d'Adhémar Esmein, que Foucault, précise Harcourt, lisait curieusement dans sa version américaine : *A History of Continental Criminal Procedure, With Special Reference to France*, Boston, Little, Brown & Co, 1913 (voir A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose et Forcel, 1889).

²⁵ *VFJ*, p. 1443.

²⁶ *Ibid.*, p. 1442-1443 ; voir *TIP*, p. 129-130.

²⁷ *Ibid.*, p. 1443.

exige réparation (avec la mise en place d'un mécanisme d'amendes et de confiscations)²⁸.

Faute de disposer de véritable moyen judiciaire d'établir la vérité, la procédure pénale a puisé, ajoute Foucault, dans deux domaines non judiciaires d'exercice du pouvoir : l'administration laïque et l'Église. Ces institutions apparaissent ainsi comme la source historique de l'enquête judiciaire, laquelle se voit ainsi posée par Foucault comme l'instance par excellence de la preuve impartiale par opposition au modèle archaïque de l'épreuve personnalisée.

D'une part, dans le monde administratif (depuis l'empire carolingien), l'enquête était utilisée pour résoudre des difficultés d'application du pouvoir, ou une question d'impôts, de mœurs, de rente foncière ou de propriété. Ce pouvoir s'exerçait par le souverain, en posant des questions pour obtenir un savoir, c'est-à-dire en interrogeant des notables (distingués par leur âge, leur richesse, etc.), mais sans menacer quiconque de violence. Les personnes interrogées se réunissent collectivement et donnent un avis collectif. Foucault donne l'exemple, célèbre, de la mise en ordre par Guillaume le Conquérant de son nouveau royaume après sa conquête en 1066, par le biais du *Domesday Book*, inventaire exhaustif des hommes et des propriétés foncières, et qui était également une manière de consolider son pouvoir et de contraindre ses nouveaux sujets à se reconnaître ses vassaux²⁹.

D'autre part, l'enquête a également une origine ecclésiale : aspect auquel les recherches ultérieures de Foucault sur la subjectivité donneront une ampleur tout autre. Mais dans un premier temps, il s'intéresse simplement au versant administratif de l'enquête ecclésiale : la visite (*visitatio*) que l'évêque fait en parcourant son diocèse, interrogeant les notables pour prendre connaissance des difficultés éventuelles (fautes et manquements commis – c'est l'*inquisitio generalis*), puis, le cas

²⁸ *Ibid.*, p. 1446-1449. Les conférences de 1973 donnent, de ce point de vue, une version non seulement condensée, mais aussi assez euphémisée des thèses développées dans le cours de l'année précédente (voir *TIP*, quatre dernières leçons). Foucault y assoit en effet son analyse de la naissance de l'État sur une véritable théorie économique des relations de pouvoir comprises comme visant l'extraction d'un « sur-pouvoir » ou « plus de pouvoir » (*TIP*, p. 172, 200-201, 213-215), lui-même articulé à une « extraction de sur-savoir », laquelle évoque l'extraction de la plus-value chez Marx (comme le relève B.-E. Harcourt, *TIP*, note 36, p. 223). Foucault développe cette réflexion dans son débat avec Benny Lévy et André Glucksmann, à qui il fait remarquer que la forme juridique du tribunal implique la visée d'une division sociale qui rend contradictoire dans les termes le projet d'un « tribunal révolutionnaire » (« Sur la justice populaire. Débat avec les maos », 1972, in M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, op. cit., t. I, p. 1210-1214). Pour des travaux plus récents de l'histoire de la procédure pénale au Moyen-Âge, voir R. LÉVY et X. ROUSSEAU, « États, justice pénale et histoire : bilans et perspectives », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, p. 249-279 ; J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000 (en particulier la contribution de G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public ») ; *id.*, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014.

²⁹ Cette réflexion sur l'enquête constitue un des apports majeurs des conférences de 1973 par rapport au cours de 1972 où elle n'est qu'esquissée (voir *TIP*, p. 204-212). L'histoire de l'enquête laïque a été considérablement enrichie depuis, y compris du fait des perspectives historiographiques proposées par Foucault. Voir en particulier C. GAUVARD (dir.), *L'enquête au Moyen-Âge*, École française de Rome, 2008 ; études qui complexifient, bien entendu, le tableau esquissé par Foucault, par exemple en pointant l'existence d'enquêtes judiciaires menées à l'écart et à l'encontre du pouvoir royal aux XII^e-XIII^e siècles (voir par ex. B. LEMESLE, « L'enquête contre les épreuves. Les enquêtes dans la région angevine (XII^e-début XIII^e siècle) », in C. GAUVARD, *L'enquête au Moyen-Âge*, op. cit., p. 41-71). Voir également É. LALOU, dans « L'enquête au Moyen-Âge », *Revue historique*, vol. 657, n° 1, 2011, p. 145-154 [<https://www.doi.org/10.3917/rhis.111.0145>].

échéant, par l'*inquisitio specialis*, la recherche du ou des coupables, qui pouvait être interrompue à tout moment par la confession spontanée du coupable.

À ce stade de sa réflexion, Foucault peut ainsi comprendre l'origine de la conjonction de l'atteinte à la loi et de la faute religieuse, dont il montrera que l'institution carcérale est l'héritière, via le mouvement puritain (et dont le terme d'« administration pénitentiaire » conserve la mémoire)³⁰. Mais cette analyse est aussi à relier au projet d'épistémologie historique des *Mots et les choses* : la procédure d'enquête se développe en dehors du champ juridique, dans les premiers savoirs économiques et administratifs. C'est en effet comme recueils de témoignages que se pensent la médecine, la botanique et la zoologie aux XVI^e-XVII^e siècles³¹. Corrélativement, la fin du modèle épistémique de l'épreuve entraîne, d'une part, la disparition du savoir alchimique (fondé sur opposition entre la force lumineuse de l'alchimiste et l'obscurité de la matière, art soigneusement régi par un ensemble de procédures déterminées) ; d'autre part, la disqualification progressive de l'art médiéval scolastique de la *disputatio* (versus le nouveau savoir encyclopédique type inquisitorial de la Renaissance)³².

II. ANNÉES 1980 :

L'ÉPREUVE DE SOI COMME ANALYSEUR DE LA PREUVE JUDICIAIRE

Le croisement du discours judiciaire et du discours sur soi, ou le problème de l'aveu

C'est dans le prolongement de cette réflexion sur l'enquête que Foucault se penche sur le concept d'aveu. En effet, le pouvoir moderne, c'est la grande thèse de *Surveiller et punir*, ne s'est pas tant humanisé qu'il ne s'est comme diffracté et capillarisé, de manière à opérer un contrôle toujours plus fin et plus exhaustif sur son objet (individus et populations)³³. La vérité de l'individu est le fondement idéal de ce pouvoir. Dans le premier volume de l'*Histoire de la sexualité*, Foucault avait identifié le phénomène de l'aveu comme étant une clé des dispositifs de pouvoir contemporain : nous serions sans cesse confrontés à l'impératif étrange de devoir dire la vérité de nous-mêmes³⁴ – de nos fautes d'abord, de nos désirs ensuite, le psychanalyste prenant en quelque sorte la relève du prêtre dans ce dispositif.

³⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 142-149.

³¹ *Ibid.*, p. 262 : « il est peut-être vrai que les mathématiques, en Grèce, sont nées des techniques de la mesure ; les sciences de la nature, en tout cas, sont nées pour une part, à la fin du Moyen-Âge des pratiques de l'enquête ». Voir *TIP*, p. 214-215.

³² *VFJ*, p. 1454-1455.

³³ Voir « *Omnes et singulatim* : vers une critique de la raison politique », in M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 953-980. Je laisse ici de côté la distinction entre « normation » disciplinaire, dont l'objet est l'individu, et « normalisation » biopolitique dont l'objet est la population (*STP*, p. 65), dans la mesure où Foucault tente alors, précisément, d'en conjointre l'origine dans le pastorat chrétien.

³⁴ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. I, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 (ci-après *VS*), p. 77-94. Voir également M. FOUCAULT, *Les Anormaux (Cours au Collège de France, 1974-1975)*, Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 1999, cours du 19 février 1975.

Cependant, l'approfondissement de ses recherches sur l'Antiquité et le christianisme a introduit un hiatus dans l'histoire de l'enquête pénale. Jusqu'alors, la réflexion sur l'aveu se voulait le complément et le prolongement de la réflexion critique sur les formes spécifiques de pouvoir moderne identifiées comme les disciplines et le biopouvoir. Mais, et cela est perceptible dès l'analyse d'Œdipe entreprise dans le premier cours consacré au christianisme, le rapport à soi est désormais désindexé, pour Foucault, de l'idée d'une exploitation ou d'une répression par le pouvoir. Comme l'a bien montré P. Chevallier, dans cette analyse, ce n'est plus, en tant que telle, la nouvelle technique inquisitrice d'Œdipe qui fait de lui un tyran, mais simplement l'usage qu'il en fait à son propre et unique profit³⁵. Dès lors, la difficulté signalée plus haut sur l'appréciation de l'enquête paraît en voie d'être levée.

Les implications de ce geste sur l'histoire de l'enquête judiciaire semblent de deux ordres. Premièrement, la relation de savoir et de pouvoir n'est plus immédiatement synonyme d'exploitation et de répression comme c'était initialement le cas dans les deux cours de 1971 et 1972 : Foucault prend ses distances par rapport à une attitude critique univoque et conçoit les relations de pouvoir d'une manière beaucoup plus vague et ambiguë³⁶. Deuxièmement, cette analyse ouvre par là même la question des rapports à la vérité de soi-même comme un champ de déploiement du pouvoir.

On comprend donc que les conférences de 1981, *Mal faire, dire vrai*, soient tout à fait singulières : non seulement elles opèrent une synthèse absolument unique entre tous les travaux de la décennie 1970 sur l'histoire des institutions pénales et les recherches sur les « pratiques de soi » antiques et médiévales, mais elles constituent aussi un infléchissement de la manière même d'envisager l'histoire des pratiques pénales, inflexion où se laisse voir qu'il y a beaucoup moins continuité que ruptures entre l'aveu du christianisme primitif et celui des disciplines modernes³⁷.

L'opposition de la preuve inquisitoriale et de l'épreuve des procédures accusatoires ne disparaît pas pour autant. Elle fait l'objet d'un vaste rappel dans les deux premiers cours (l'un consacré à l'opposition archaïque *dikazein/krinein*, l'autre à *Œdipe roi*), où elle est reconsidérée du point de vue d'une « préhistoire de l'aveu³⁸ ». Cependant, dans « l'histoire » de l'aveu proprement dite, à partir de l'examen du christianisme primitif, elle passe au second plan par rapport à l'examen des modalités du rapport à soi, qui s'inscrivent dans la problématique générale du rapport chrétien à la vérité.

³⁵ « Le procédé est bon, la procédure est bonne, mais c'est le contexte du pouvoir tyrannique à l'intérieur duquel Œdipe a voulu le faire fonctionner, [...] c'est cet usage-là qui condamne ; qui condamne quoi ? Eh bien, celui-là même qui [y a recours] » (DGV, leçon du 23 janvier 1980, p. 65, cité in P. CHEVALLIER, *Michel Foucault et le christianisme*, Lyon, ENS Éditions, 2011, p. 168). La leçon de 1981 est cependant moins nette (MFDV, p. 71 : « en voulant se servir de cette *tekhne* contre les décrets des dieux pour y échapper, il n'a pas fait autre chose que de resserrer jusqu'à sa propre condamnation le destin qui avait été tramé pour lui »).

³⁶ Cette prise de distance à l'égard du schème belliqueux comme analyseur des rapports de pouvoir est inaugurée dans le cours de 1976, « *Il faut défendre la société* », Paris, Gallimard/Seuil/EHESS, 1997.

³⁷ Pour un développement particulièrement radical de cette thèse d'une rupture entre la pénitence et le pastorat, voir M. SENELLART, « Gouverner l'être-autre. La question du corps chrétien », in J.-F. BRAUNSTEIN *e. a.* (dir.), *Foucault(s)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2017, p. 205-221.

³⁸ MFDV, p. 89.

Ce rapport est de deux ordres : d'une part, celui entre l'individu et la vérité du Texte sacré, qui fonde ce que Foucault nomme « l'herméneutique du Texte » ou la « vérité de la foi » ; d'autre part, celui entre l'individu et la vérité de lui-même, qui fonde ce qu'il appelle « l'herméneutique de soi » ou la « vérité de soi ». La recherche d'une vérité de soi ne dépend pas de techniques d'interprétation textuelles (on ne se décode pas à partir d'un ensemble de signes), mais se déploie sur fond d'une conception de la subjectivité marquée par le péché³⁹. Il ne s'agit pas de savoir quelle est son identité, ni quel est son désir, mais d'où vient la résistance que l'on oppose à la Parole qui sauve.

Or, cette deuxième forme d'herméneutique de soi, dans le monachisme primitif, a été élaborée à son tour sous deux formes distinctes : « l'exomologèse » et « l'exagoreusis⁴⁰ ». La première (de *homologeîn* : donner son accord) a pour terme central l'aveu, c'est-à-dire la confession comme acte de foi à partir de la reconnaissance d'un péché, d'une faute, et qui prend donc la forme de la pénitence (mortification), jusqu'à mener intégralement une vie de pénitent. Le modèle absolu en est le martyr, qui est un témoignage volontaire, non verbal mais pratique, de la foi. La seconde constitue un aveu verbal de ses fautes en direction du directeur de conscience, dans une opération de tri entre ses pensées, les amenant à la lumière sans honte, pour se connaître malgré les illusions qu'on se fait sur soi, chassant l'Autre à l'intérieur de soi. Par ce biais, il s'agit d'assurer l'obéissance, et plus encore, la soumission permanente et perpétuelle du pénitent. On peut relever que l'exomologèse, par son caractère non verbal, a quelque chose de l'épreuve ; toutefois, il s'en faut de beaucoup que l'exagoreusis soit, par contraste, le prototype de l'enquête pénale.

Tout au contraire, c'est celle-ci qui s'est d'abord combinée avec le principe du droit germanique pour aboutir, à partir du VII^e siècle, à une tarification de la pénitence, sur le modèle typiquement binaire (deux parties étant en présence) de la faute exigeant réparation – l'exomologèse perdant ainsi graduellement de l'importance⁴¹. Dans un second temps, cette tarification est juridicisée, à l'intérieur d'un cadre ternaire cette fois, entre le XI^e et le XIII^e siècles. Curieusement, c'est en effet au moment où elle devient un sacrement, au concile de Latran (1215), qui affirme l'obligation de se confesser pour Pâques, qu'elle devient une opération mettant en jeu le pécheur, Dieu et le prêtre, à qui est conféré un pouvoir d'absoudre, c'est-à-dire de prononcer une sentence judiciaire. C'est à une telle juridification des rapports entre l'homme et Dieu, au profit de l'institution ecclésiale, que réagira la Réforme, qui tentera du même coup d'identifier vérité de soi et vérité du Texte⁴². Mais,

³⁹ Se repère ici une distinction décisive entre la psychanalyse et les herméneutiques du sujet chrétiennes, la première étant une herméneutique de soi calquée sur l'herméneutique du texte – ce qui introduit un premier coin dans une supposée continuité entre christianisme primitif et les disciplines dont Freud serait une forme d'héritier (*MFDV*, p. 168-169 ; voir cependant *DGV*, p. 306, où Foucault insiste plutôt sur la continuité).

⁴⁰ *DGV*, leçons des 5, 12, 19 et 26 mars 1980 ; *MFDV*, leçons des 29 avril et 6 mai 1981 ; voir aussi désormais *Les Aveux de la chair*, Paris, Gallimard, 2018, chapitre I, sections 3 et 4.

⁴¹ Sur cette histoire, voir *MFDV*, leçon du 13 mai 1981. On ne saurait cependant, comme le montre P. Chevallier (*Michel Foucault et le christianisme*, *op. cit.*, p. 315-320), parler de simple disparition de la première au profit de la seconde.

⁴² *MFDV*, p. 166 : « le protestantisme a essayé [...] de faire en sorte que ce que l'on découvre au fond de soi-même, ça soit la vérité même de la foi, c'est-à-dire la vérité même qui est donnée dans le texte. Cette espèce d'intériorisation ou de redoublement, d'involution qui fait que la

au Moyen Âge, l'aveu devient la clé de voûte de la pénitence, sa matière même, liant indissolublement vérité de la foi (car la confession commence toujours par une profession de foi), vérité de soi (dans une procédure sur les détails de laquelle on n'entrera pas ici) et sentence judiciaire⁴³.

Une fois établie cette juridification du rapport à soi, la liaison avec les éléments déjà connus de l'histoire de l'enquête est relativement compréhensible. Mais sur ce point, l'exposé de Foucault est plus allusif. Il se contente d'indiquer le mouvement « parallèle » qui, dans l'ordre laïc, voit à la même époque (XIII^e siècle) la relégation des épreuves de l'ancien droit germanique au profit de la consolidation d'un véritable pouvoir judiciaire autour et à partir de l'autorité royale⁴⁴. Ainsi, c'est toujours et seulement à ce niveau que joue l'opposition entre recherche impartiale des preuves et confrontation des parties par des épreuves décisives.

Mais il ne faut pas négliger pour autant, bien sûr, le rôle de l'Église dans cet infléchissement. À cet égard, de manière remarquable, l'aveu occupe là encore une place centrale, non plus entre sacrement et juridiction, mais entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire. C'est ce que montre le problème de la torture inquisitoriale à laquelle Foucault s'est intéressé dès 1972⁴⁵. La torture est en effet à la frontière entre les procédures accusatoires, binaires, et inquisitoriales, ternaires, d'établissement pénal de la vérité, puisque résister à la torture, qui était une procédure elle-même très réglée et codifiée, signifiait qu'on avait surmonté une épreuve

vérité du texte, je vais la trouver en moi, et que ce que je trouverai en moi, c'est la vérité du texte, c'est le chemin que le protestantisme a essayé de suivre pour résoudre cette tension fondamentale du christianisme ».

⁴³ *MFDV*, p. 188-189.

⁴⁴ *MFDV*, leçon du 20 mai 1981.

⁴⁵ *TIP*, p. 206-207.

décisive et donc que ce qu'on disait être vrai l'était en effet⁴⁶. Dans ce contexte, l'idée de torturer jusqu'à l'obtention d'un aveu ne pouvait donc avoir aucun sens⁴⁷.

L'aveu comme épreuve du système pénal en tant que tel

On comprend alors que l'aveu moderne, celui qui naît après l'âge classique, ait finalement peu à voir avec l'aveu du pénitent. En effet, désormais, étant entendu que l'on a « mal fait », il ne s'agit plus de dire le vrai d'un soi que l'on pose en autre que soi (autre que l'on entend reléguer dans les ténèbres auquel il appartient), mais de dire le vrai de soi en tant que raison essentielle de la peine que l'on encourt. Cela constitue un véritable basculement de la signification spirituelle de l'aveu. C'est que l'aveu, dispositif hérité du passé, tient désormais une place centrale dans la pensée moderne de la peine, et ce pour trois raisons.

La première est le principe de la souveraineté populaire. Le principe volontariste du consentement étant à la base de l'ordre politique, le criminel est en tant que citoyen à l'origine de son propre châtiment, par l'intermédiaire du tribunal. En avouant, non seulement il reconnaît son crime, mais il met en lumière le principe même de la loi pénale : la reconnaissance de la légitimité de la loi et du tribunal vaut validation de la procédure. La deuxième est le principe de la conscience du

⁴⁶ Voir J. CHIFFOLEAU, « Sur la pratique et la conjoncture de l'aveu judiciaire du XIII^e au XV^e siècles », in *L'aveu au Moyen-Âge*, École française de Rome, 1986, p. 341-380 (« la torture garda longtemps des caractères ordales marqués »). Dans ce texte, Chiffolleau parle, au sujet de l'Inquisition, de « confusion des fors » (interne et externe) permettant la transition, dans la justice laïque, de l'aveu sacramentel à l'aveu judiciaire. Pour lui, la reprise de la torture inquisitoriale chez les magistrats royaux est le fait non seulement de la montée en puissance de l'État monarchique, mais aussi de l'intérêt des juges laïcs pour l'occulte, eux-mêmes se posant volontiers (en tant que serviteurs du nouveau maître qu'est le Prince-Père du peuple) « en adversaires du Diable » (*ibid.*, p. 362) – ce qui constitue un prolongement particulièrement significatif de la thèse d'une influence des pratiques spirituelles sur le développement de l'État, comme État de justice. Citant Pierre Legendre, Chiffolleau parle ainsi de la consolidation de l'État comme d'un processus indissociable d'un « Enfer du décor ». Sur la question du patriarcat politique comme grand impensé des analyses de Foucault sur la naissance de l'État, voir A. SKORNICKI, *La grande soif de l'État. Michel Foucault avec les sciences sociales*, Paris, Les Prairies ordinaires, p. 170-187. Pierre Legendre, par ailleurs, considère « le refoulement de l'ordalie » comme « l'un des plus importants événements de la culture occidentale » (« *De confessis*. Remarques sur le statut de la parole dans la première scolastique », in *L'aveu au Moyen-Âge*, *op. cit.*, p. 406). Toutefois, cette analyse passe précisément sous silence la conception pré-judiciaire de l'aveu, au profit de ce que Foucault a judicieusement appelé une « herméneutique du texte » (et dont l'usage du concept de « refoulement » est, à cet égard, solidaire, si l'on accepte la thèse de Foucault d'un héritage de l'herméneutique du texte dans la psychanalyse ; voir ci-dessus, note 39).

⁴⁷ On pourrait ici, en suivant Yan Thomas, compléter l'analyse de Foucault en reliant la torture inquisitoriale pour crime d'hérésie au crime de lèse-majesté associé aux procédures d'enquêtes extraordinaires développées dans le droit romain impérial (qui constitue un aspect de l'histoire de l'enquête négligé par Foucault ; voir *MFDV*, p. 203), l'hérésie étant effectivement qualifiée au Moyen-Âge, comme l'indiquait déjà Esmein, de *crimen laesae majestatis divinae* (A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle*, *op. cit.*, p. 78 ; Y. THOMAS, « *Confessus pro judicato* : l'aveu civil et pénal à Rome », in *L'aveu, Antiquité et Moyen-Âge*, *op. cit.* ; « La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens », in *Mélanges à la mémoire d'André Magdelain*, Paris, LGDJ, p. 494-499). Dans cette perspective, la renaissance médiévale de l'enquête serait due à la redécouverte du droit romain chez les glossateurs, avant même l'adoption de l'Inquisition par l'Église, et les réformes de Saint Louis de 1246 (voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 182). Il est remarquable, du reste, que Foucault ne s'intéresse guère à l'hérésie en tant que telle.

juge dans l'appréciation des preuves : « Tout citoyen doit pouvoir reconnaître ce qui est vrai ou faux en son âme et conscience : souveraineté, donc, de la conscience quelconque par rapport à la souveraineté⁴⁸ ». L'aveu est de ce point de vue le reflet de la transparence idéale de la conscience à elle-même, et vaut preuve irréfutable. La troisième, enfin, est que la punition doit désormais permettre d'amender et de corriger, comme Foucault l'a montré dans ses analyses des disciplines. Dès lors l'aveu entre en quelque sorte dans un « pacte punitif » : en avouant, j'accepte la punition et ses effets correctifs pour moi.

La raison essentielle de l'aveu ne relève donc plus, comme dans les années 1970, d'une obscure volonté de plus-de-pouvoir. Elle est plutôt d'ordre structurel : l'aveu est la clé de voûte apparente du pouvoir de punir et, par conséquent, son effectuation vaut validation de celui-ci :

L'aveu, au fond, est de l'ordre de la dramatique ou de la dramaturgie. Si on peut appeler « dramatique » non pas une addition ornementale quelconque, mais tout élément qui, dans une scène, fait apparaître le fondement de légitimité de ce qui s'y déroule, alors je dirais que l'aveu fait partie de la dramatique judiciaire et pénale. [...] Et si on veut bien admettre que [...] la dramaturgie – le dramatique – est susceptible d'intensités diverses, on pourrait dire que l'aveu est un des éléments les plus intenses de la dramatique judiciaire, et l'un de ceux dont on a le plus besoin⁴⁹.

On peut prolonger ce texte du point de vue de l'analyse foucauldienne des preuves judiciaires, au sens où cette « dramatique » de l'aveu constitue de fait, selon Foucault, l'épreuve, mais cette fois sur la scène de l'histoire, du système judiciaire lui-même – système que Foucault n'hésite pas à traiter comme un objet mal fait : « Effets [de l'aveu] je crois, si paradoxaux que la machine pénale que nous connaissons maintenant s'y est pour une part déréglée, et qu'en tout cas elle s'est engagée dans une série d'impasses dont elle est loin, je crois d'être sortie⁵⁰ ». Si la procédure accusatoire joue apparemment un moindre rôle dans l'histoire des formes juridiques que mène Foucault dans les années 1980, c'est donc bien parce que c'est désormais toute l'architecture de la procédure pénale qui se trouve mise à l'épreuve, et ce à travers ses *propres* prétentions à fonctionner de manière autonome en se donnant un fondement nécessaire et suffisant – fondement qui se révèle en réalité *surnuméraire*⁵¹.

À partir de ce point, Foucault intègre ses analyses antérieures du pouvoir psychiatrique à cette nouvelle configuration théorique. Ainsi, étant donné le caractère structurel de l'aveu, s'il vient à faire défaut, quelque chose doit en tenir lieu : c'est

⁴⁸ MFDV, p. 208.

⁴⁹ MFDV, p. 210. Sur l'importance cruciale de la théâtralité chez Foucault, voir A. SFORZINI, *Les scènes de la vérité. Michel Foucault et le théâtre*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2017 ; je me permets de renvoyer également à mon essai *Michel Foucault. Dire la vérité*, Chasseneuil, CNDP, 2013, où cette hypothèse était également explorée de manière systématique.

⁵⁰ MFDV, p. 199.

⁵¹ Significatif à cet égard, le fait que le qualificatif de surnuméraire (« en trop »), qui avait qualifié antérieurement Édipe, puis le discours philosophique, qualifie désormais le « sujet avouant » : « cet objet nouveau, ce sujet avouant, s'est révélé en fait un très encombrant personnage, à la fois indispensable au fonctionnement de la machine pénale et, en même temps, en trop » (MFDV, p. 200). Sur la thèse, cruciale, selon laquelle « le pouvoir ne fonctionne pas à partir de son fondement », voir « Entretien de Michel Foucault avec André Berten », in MFDV, p. 239.

le rôle de l'examen psychiatrique, susceptible de fonder le jugement sur une vérité du sujet – ce qui opère une continuité par rapport aux analyses de l'*Histoire de la folie*, qui montraient comment la psychiatrie est née de l'internement, pratique administrative (rien en soi ne montrant *a priori* que l'enfermement constitue une thérapeutique adéquate à la folie). Ainsi, la problématisation du *fou dangereux* (sous diverses appellations historiques : monomanie homicide, dégénérescence, etc.) répond à ce besoin de la psychiatrie de se justifier elle-même – la criminologie prenant son essor dans la période 1800–1835 à partir de la discussion de cas exemplaires.

De tels crimes étaient sans raison (en dépit des enquêtes cherchant des causes de ces meurtres atroces dans des rivalités obscures, voire dans la faim, etc.), mais surtout sans aveu, c'est-à-dire sans raison subjective apparente, et ce malgré le fait de la reconnaissance du crime par les coupables. En effet, le problème n'est pas celui de l'imputation, mais bien du jugement du sujet criminel : au XVIII^e siècle, un crime horrible appelait une punition horrible ; au XIX^e, on veut punir et redresser le criminel et non le crime, parce qu'on ne sait plus très bien quel est le sens de la punition.

Dès lors la question psychiatrique put déborder de sa localisation dans quelques grands crimes exceptionnels, « exemplaires », pour tendre à se diffuser, inaugurant une nouvelle herméneutique des sujets, mais cette fois entièrement sur un mode textuel : les actes du déviant sont interprétés comme des signes déchiffrables d'après le contexte d'une situation sociale donnée⁵². La relation de causalité dépose les juges (la cause de l'acte étant hors droit et relevant d'une thérapeutique), en revanche la relation de signification leur redonne la main puisqu'ils se meuvent déjà dans un domaine textuel. Mais la difficulté est qu'ils n'ont pas de moyens théoriques de fonder leur décision sur un signe, puisqu'elle est censée découler de la matérialité de l'infraction. Or, il ne s'agit plus d'imputer une responsabilité, mais d'accueillir la subjectivité d'un individu et de lui apporter une réponse sociale : « Dis-moi qui tu es, pour que je puisse prendre une décision judiciaire qui aura à se mesurer, à la fois, bien sûr, sur le crime que tu as commis, mais aussi sur l'individu que tu es⁵³ ».

Au terme de cette réflexion, l'épreuve n'est donc décidément plus, pour Foucault, ce qui permet de comprendre, de l'*intérieur* de l'histoire, le caractère limité et arbitraire du caractère probant d'un fait ou d'un raisonnement, elle est, désormais, reléguée à l'extérieur, au niveau de la manière même de raconter cette histoire, de donner un sens aux événements passés.

On peut donc comprendre que dans ses deux cours suivants (et qui furent les derniers), Foucault ait réinvesti en profondeur la scène de la Grèce antique pour y faire jouer la catégorie de l'épreuve d'une tout autre manière : non plus dans le cadre du système pénal, mais dans une perspective directement éthique et politique, comme révélatrice d'un soi qui met en jeu sa vérité comme liberté face aux pouvoirs. Alors pourrait se défaire l'assujettissement « véridique » de l'individu au pouvoir, via la constitution d'un autre rapport du sujet à la vérité, qui conserverait

⁵² Même si ce n'est pas dit explicitement par Foucault, on peut mesurer la proximité entre cette analyse et celle qu'il a faite précédemment du rôle historique du protestantisme (voir ci-dessus, note 42) ; cette reconnaissance du caractère crucial de la Réforme semble un des éléments qui permettent de rapprocher Foucault de Max Weber.

⁵³ MFDV, p. 227.

le caractère de l'épreuve, mais entendue cette fois davantage comme un rapport à soi que comme l'affrontement pur et simple d'un adversaire. Toutefois, une telle analyse, dont on mesure l'aspect décisif, des fonctions éthiques et politiques de l'épreuve chez Foucault, excède par construction les limites du présent propos. Plutôt que de le prolonger, il paraît préférable d'en dresser le bilan.

Retracer les étapes de cette longue réflexion de Foucault sur l'enquête judiciaire conduit nettement à réévaluer l'ampleur d'un travail qui ne peut se ramener à une simple mise en évidence de mécanismes d'oppression indûment masqués par une rhétorique humaniste. En montrant comment, à chaque période qu'il étudie, le droit s'articule à la cosmologie et l'anthropologie de son époque, Foucault fait indéniablement bien plus que dénoncer une idéologie répressive, même si les attendus de sa réflexion demeurent assez largement implicites.

Ainsi, en schématisant, l'épreuve a initialement joué dans ses travaux le rôle d'un opérateur critique à l'égard de l'idéal d'une justice caractérisée par son impartialité et son impersonnalité, avant que cette critique ne se recentre sur la problématique plus spécifique de l'aveu, considéré tout à la fois comme la pièce maîtresse et (de ce fait même) comme le talon d'Achille du système pénal moderne.

Dans ce déplacement peut se lire, on l'a vu, une nette prise de distance à l'égard du modèle de la guerre pour analyser les rapports de pouvoir. De fait, si toute entreprise de fondation du pouvoir sur un savoir est sujette à caution, l'épreuve n'est pas en elle-même plus légitime que l'enquête pour justifier la décision judiciaire. Il s'ensuit que l'entreprise critique, en tant que dimension du travail philosophique en général⁵⁴, n'a pas à être *a priori* indexée sur le modèle militant de l'épreuve de force.

Toutefois, cette prise de distance à l'égard de la « justification par la lutte » a pour corollaire la mise en place d'un nouveau dispositif théorique, celui d'une dramaturgie du système juridico-pénal en tant que tel, dont les implications quant au rapport entre pouvoir et vérité doivent être clarifiées.

Il est évident que, pour Foucault, il n'y a pas grand-chose à attendre des raffinements des procédures inquisitoriales (du type de la police scientifique, si prisée par les séries télévisées contemporaines) si l'on cherche à raffermir la vérité de la décision judiciaire et à garantir les individus contre l'arbitraire en matière pénale. Plus encore, Foucault opère une critique radicale de l'expertise psychiatrique, dont la fonction est plutôt de combler un vide structurel plutôt que d'éclairer la décision du juge (à laquelle elle aurait d'ailleurs tout bonnement tendance à se substituer). Mais c'étaient là déjà des acquis du mouvement qui va des *Leçons sur la volonté de savoir* à *Surveiller et punir*. En revanche, ce que tend à montrer le glissement théorique des années ultérieures, occulté par des changements apparents de périodisation (Moyen Âge et Antiquité), c'est que les élaborations théoriques de justification du pouvoir par le savoir sont toujours essentiellement précaires : c'est donc en définitive l'Histoire elle-même qui joue le rôle d'une épreuve pour les modes de vérification et de juridiction.

Les relations de la vérité au pouvoir apparaissent donc beaucoup plus variées que le simple couple de la décision souveraine (qui opère la légitimation circulaire du savoir et du pouvoir) et de la révolte qu'elle suscite. Car la fragilité des rapports

⁵⁴ Voir M. FOUCAULT, « Qu'est-ce que la critique ? », art. cité.

de pouvoir induit la possibilité d'en faire l'épreuve, en lui opposant simplement *d'autres* types de rapport à la vérité, quitte à ce que ceux-ci le subvertissent en s'y combinant plutôt qu'en le renversant purement et simplement. Cette possibilité d'une *authentification* de son action par une épreuve assumée individuellement, qu'exploreront les dernières leçons de Foucault au Collège de France, constitue indéniablement un glissement vers l'éthique (comme cela est le plus souvent interprété), mais doit également se comprendre comme une véritable réflexion sur les conditions de possibilité d'un ordre juridique, lesquelles sont évidemment moins éthiques que politiques.

Dès lors, tout se passe comme si Foucault mettait en place les conditions d'un rapport authentique à la vérité judiciaire, qui serait en quelque sorte l'inverse exact de celui typifié par la décision souveraine. Dans le paysage philosophique contemporain, il tracerait en quelque sorte les voies d'un anti-schmittisme original, distinct tout aussi bien des normativismes kelsénien et habermassien, que des entreprises de dévoilement réaliste des structures sociales de la décision judiciaire⁵⁵, par le biais d'une méditation, particulièrement documentée historiquement, sur les possibilités d'une contestation politique des modalités de la preuve en justice.

Thomas Boccon-Gibod

| Maître de conférences en philosophie du droit (Université Grenoble Alpes, IPhIG)

⁵⁵ On peut faire l'hypothèse que c'est la hantise de la figure de la souveraineté qui est à l'origine de la négligence des racines de l'enquête dans le crime de lèse-majesté et la lutte contre l'hérésie (voir *supra*, note 48), en ce que la prise en considération de ces éléments aurait pu le conduire à problématiser trop directement le rapport à l'autorité, rendant l'analyse moins facilement discernable des théories de la souveraineté et de son histoire.

COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).